

CARMEN DE GUERRERO MANSO
GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA
(Eds.)

BANCOS DE CONSERVACIÓN Y OTRAS
MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL
EN EL DERECHO COMPARADO.
CLAVES PARA SU IMPLANTACIÓN

Zaragoza, 2022

CARMEN DE GUERRERO MANSO
GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA
(Eds.)

BANCOS DE CONSERVACIÓN Y OTRAS
MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL
EN EL DERECHO COMPARADO.
CLAVES PARA SU IMPLANTACIÓN

Zaragoza, 2022



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

ÍNDICE

	Páginas
<i>Colaboradores de este Monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	7
<i>Presentación</i>	9
MEDIDAS DE COMPENSACIÓN Y ORIENTACIONES ESTRATÉGICAS EN ESPAÑA	
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA: <i>Medidas de compensación ambiental y desarrollo sostenible</i>	11
Carmen DE GUERRERO MANSO: <i>Valoración de las primeras experiencias de bancos de conservación en España</i>	59
Fernando LÓPEZ PÉREZ: <i>Ejecución de planes y proyectos en Red Natura 2000. El artículo 6 de la Directiva de Hábitats y las medidas compensatorias</i>	85
José Luis BERMEJO LATRE: <i>La ejecución sustitutiva de sentencias contencioso-administrativas en materia ambiental</i>	117
Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO: <i>Unos apuntes sobre las medidas de compensación ambiental en el ámbito forestal español</i>	145
Javier ESTEBAN RÍOS: <i>Gobierno corporativo y protección del medio ambiente: alternativas para la introducción de criterios medioambientales en la toma de decisiones empresarial</i>	193
Leticia FUERTES GINÉ: <i>La orientación estratégica en la contratación pública energética: luces y sombras de las cláusulas sociales y ambientales</i>	237
Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO: <i>Claves básicas para entender el presente y futuro de la economía circular en la Unión Europea</i>	269
DERECHO COMPARADO Y EXPERIENCIAS INTERNACIONALES	
Carmen DE GUERRERO MANSO: <i>Los bancos de mitigación en EE.UU.: orígenes y evolución de esta forma de compensación ambiental</i>	305
Hubert ALCARAZ: <i>La compensación ecológica en Francia, entre el reconocimiento notable y los interrogantes recurrentes</i>	335
Antonie BOURREL: <i>La excepción de «especies y hábitats protegidos» para las instalaciones de producción de energía renovable en Francia</i>	351
Elisa MOREU CARBONELL: <i>La compensación ambiental en derecho alemán</i>	371
Fernando LÓPEZ RAMÓN: <i>Propiedad versus biodiversidad (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes)</i>	389
Alfonso BUTELER: <i>Medidas de compensación ambiental en Argentina</i>	417
Óscar Efrén MARÍN ENRÍQUEZ: <i>La compensación de impactos ambientales en México y España: un esbozo comparativo sobre este tercer enfoque para el cuidado de la integridad ambiental</i>	437
Julián A. PIMIENTO ECHEVERRI y Gustavo A. GUERRERO RUIZ: <i>Los bancos de hábitat en Colombia. Una apuesta novedosa</i>	481

LISTA DE COLABORADORES

ALCARAZ, Hubert: Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y los países del Adour, miembro del Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (CNRS UMR DICE 7318).

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

BOURREL, Antonie: Profesor titular de derecho administrativo Universidad de Pau y de los Países del Adour; Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos (IE2IA), CNRS UMR DICE 7318.

BUTELER, Alfonso: Abogado y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina).

DE GUERRERO MANSO Carmen: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

ESTEBAN RÍOS, Javier: Profesor Ayudante de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

FUERTES GINÉ, Leticia: Doctoranda en Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GUERRERO RUIZ, Gustavo A.: Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios. Abogado de la Universidad Externado de Colombia y profesor de la misma Universidad.

GUILLÉN NAVARRO Nicolás Alejandro: Profesor Titular de Derecho Administrativo (acred.), Universidad de Zaragoza.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

MARÍN ENRÍQUEZ, Óscar Efrén: Profesor de Derecho Civil, Universidad de Sonora.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián A.: Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma Universidad. Doctor por la Universidad París II.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

PRESENTACIÓN

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ

El presente monográfico de esta REVISTA recoge el trabajo final del Proyecto de investigación PGC2018-099237-B-I00. Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que ha venido desarrollándose desde el 1 de enero de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2022. Pese a las dificultades de diversa índole, entre ellas la pandemia de covid-19, el trabajo ha proseguido a lo largo de este tiempo. En sus etapas finales, se ha celebrado en Zaragoza, los días 2 y 3 de junio, un congreso internacional sobre medidas de compensación ambiental, cuya directora ha sido la profesora Carmen de Guerrero Manso. En ese congreso, los miembros de los equipos de investigación y de trabajo del proyecto hemos tenido ocasión de discutir con investigadores de otras universidades, muchos de ellos miembros de la Red Internacional de Bienes Públicos, sobre la situación de las medidas de compensación ambiental en diversos países de Europa e Iberoamérica. De esos debates y sobre la base de las ponencias defendidas, se han elaborado los artículos que, tras pasar los correspondientes procedimientos, se publican ahora como parte del XXIII monográfico de esta REVISTA.

Zaragoza, septiembre de 2022

**MEDIDAS DE COMPENSACIÓN
Y ORIENTACIONES
ESTRATÉGICAS EN ESPAÑA**

MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE (*)

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. DOS NECESIDADES COMPLEMENTARIAS: CRECIMIENTO ECONÓMICO SOSTENIBLE Y PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD.– II. MEDIDAS DE MERCADO CON INCIDENCIA POTENCIAL EN LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD: 1. Medidas estructurales: el avance hacia una economía circular. 2. Responsabilidad social corporativa en la preservación del ambiente natural: imperativos éticos y estéticos de administradores e inversores. 3. La dimensión estratégica de la contratación pública en la compra de energía verde.– III. LA CREACIÓN DE LOS MERCADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: BANCOS DE HÁBITAT Y BANCOS DE BIODIVERSIDAD EN ESTADOS UNIDOS.– IV. COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y BANCOS DE MEDIO AMBIENTE EN EUROPA: 1. El origen de la compensación ecológica en Europa: la experiencia francesa. 2. Un supuesto específico: renovables y biodiversidad en Francia. 3. Un sistema maduro: Alemania.– V. COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y BANCOS DE CONSERVACIÓN EN HISPANOAMÉRICA: 1. Medidas de compensación en Argentina: la preservación de los Bosques Nativos– 2. Compensación ambiental en México: protección forestal y responsabilidad ambiental– 3. Los bancos de hábitat en Colombia.– VI. PRESENTE Y FUTURO DE LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA: 1. Ejecución de sentencias anulatorias de planes y proyectos y proporcionalidad: la aguda carencia de mecanismos efectivos de compensación. 2. Compensación ambiental en los espacios de la Red Natura 2000. 3. La compensación forestal en España: normativa comunitaria europea y española. 4. Los no natos bancos de conservación en España.– VI. CONCLUSIONES GENERALES: LA NECESIDAD DE MEJORES INSTRUMENTOS PARA UN DESARROLLO SOSTENIBLE.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las medidas de compensación son una parte necesaria tanto en las actuaciones derivadas de una evaluación de impacto ambiental como de responsabilidad ambiental. La regulación de mecanismos alternativos de compensación permite aplicar en cada caso la más adecuada a la situación específica, por lo que el examen de las distintas soluciones que aporta el Derecho comparado resulta de gran interés. Dentro de esas medidas de compensación, el examen de otras experiencias muestra que los bancos de conservación de la biodiversidad o figuras similares de compensación ex situ son un mecanismo complejo, que requiere capacidad de gestión, pero que puede ser muy útil al

(*) Este artículo, como el resto del monográfico, forma parte del proyecto de investigación sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2022 (PGC2018-099237-B-I00).

aportar masa biológica crítica, anticipación en la compensación y colaboración de fondos privados en actuaciones de restauración o recreación de hábitats, entre otras ventajas.

Palabras clave: compensación ambiental; bancos de conservación de la biodiversidad.

Abstract: Environmental compensation measures are a necessary part of both actions derived from an environmental impact assessment and environmental responsibility. The regulation of diversity of compensation mechanisms allows the application of the most appropriate for the specific situation in each case. Consequently, the examination of the different solutions provided by comparative law is a necessary task. Within these compensation measures, the examination of other experiences shows that biodiversity conservation banks are a complex mechanism, which requires a carefully designed legal regime and management capacity, but which can be very useful by providing the necessary minimum extensions of land for a useful effect, anticipation in the compensation and collaboration of private funds in actions to restore or recreate habitats.

Key words: environmental compensation measures; wetland mitigation banks, conservation banks.

I. DOS NECESIDADES COMPLEMENTARIAS: CRECIMIENTO ECONÓMICO SOSTENIBLE Y PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Dos inquietudes sociales crecientes en la actualidad —aunque en ocasiones percibidas como antiéticas— son garantizar el crecimiento económico (y sus consecuencias sociales favorables) y la defensa del medio ambiente, quizá con mayor intensidad en lo relativo a la mitigación del cambio del clima y sus consecuencias desfavorables a largo plazo, pero también a la preservación de la biodiversidad.

Mantener el crecimiento a medio y largo plazo es algo esencial para la equidad social, al mismo tiempo que el mantenimiento de una mínima igualdad en la sociedad es un elemento que potencia el crecimiento a largo plazo (2). No hay duda de que ha sido el crecimiento sostenido experimentado en Occidente a lo largo de los últimos dos siglos y medio lo que ha permitido las políticas de bienestar y cohesión social que han llevado a una situación favorable que no tiene parangón histórico. Renunciar al crecimiento económico —o ser incapaces de mantenerlo— supondría volver a una sociedad «malthusiana», de recursos permanentemente limitados, en la que la única manera de mejorar la situación material de las personas o de los grupos es privando a otras personas o grupos de todos o parte de sus recursos, tal como describieron Robert Malthus y, quizá con mayor repercusión, David Ricardo. Una sociedad

(2) BERG y OSTRI, 2011.

de suma cero es necesariamente una sociedad enormemente desigual en los niveles de bienestar y riqueza. Nadie mínimamente informado puede querer vivir en una sociedad así.

Al mismo tiempo, el medio ambiente se ha convertido en un elemento percibido como esencial para la calidad de vida. Por supuesto, existe una preocupación creciente por los efectos —sociales, económicos y ambientales— del cambio climático. Sin embargo, no sólo un clima desfavorable y la posibilidad de que aumente la cadencia de los eventos catastróficos es una preocupación con calado social: la biodiversidad en sí misma, tanto el equilibrio de los hábitats como la supervivencia de las especies son bienes públicos interiorizados en nuestra sociedad.

Una prevalencia absoluta de la protección ambiental sobre cualquier tipo de consideraciones económicas o sociales es algo que parece imposible en la práctica, o al menos, en un inmediato futuro. Determinados países en determinados momentos han podido estar muy cerca de plasmar esa prevalencia en su legislación e incluso en su práctica administrativa y judicial, como pudo ser el caso de la República Federal de Alemania de la década de 1980, pero esa opción vital no ha superado las sucesivas crisis económicas y sociales que se han sucedido con posterioridad. En todo caso, no es esa la opción globalmente adoptada en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, la solución de nuestro sistema constitucional es el equilibrio y la ponderación caso por caso. Según señala el Tribunal Constitucional, en nuestro sistema constitucional se ha optado por mantener un equilibrio entre desarrollo económico y protección ambiental. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la necesidad de «cohonestar» desarrollo y ambiente en decisiones como la Sentencia 53/2017, de 11 de mayo, a propósito de la evaluación ambiental, que caracteriza como «técnica o instrumento de tutela ambiental preventiva» y en consecuencia como «un instrumento para cumplir su deber de cohonestar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente (STC 64/1982, fundamento jurídico 2)». Una idea que desarrolla a continuación:

«la evaluación ambiental se articula como un trámite complejo y esencial para cohonestar el desarrollo económico con el deber de protección del medio ambiente que tienen todos los poderes públicos, conforme al artículo 45 CE, en aras de un desarrollo sostenible. Su fin es garantizar la adecuada integración de los aspectos ambientales en el marco de los distintos procedimientos administrativos que rigen la elaboración y adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que estén sometidos a dicha evaluación, para que las autoridades competentes conozcan y valoren las repercusiones que éstos pueden tener en el medio ambiente, consideren las alternativas ambientalmente viables, y establezcan las necesarias medidas de prevención, corrección y, en su caso, compensación de los efectos adversos para el medio ambiente». (Cursivas nuestras).

No es un pronunciamiento aislado, sino expresión de una línea consistente. Puede citarse como ejemplo la posterior STC 113/2019, de 3 de octubre, en la que se cita expresamente la anterior STC 53/2017. O, más recientemente, a propósito del art. 10 de la Ley de evaluación ambiental, las consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/2022, de 15 de junio (FJ 3):

«Esta previsión del legislador estatal se dirige, en definitiva, a garantizar la debida aplicación del principio de integración de las exigencias de protección del medio ambiente, a través del instrumento de la evaluación ambiental, en todos los ámbitos de acción de los poderes públicos. Un principio que es jurídicamente vinculante como expresión del principio rector de la política social y económica consagrado en el art. 45 CE e *imprescindible para avanzar hacia un desarrollo sostenible* (STC 100/2020, de 22 de julio, FJ 3). No en vano de la efectiva aplicación y tutela de este principio depende, además del *equilibrio de las esferas social, económica y ecológica de nuestra sociedad*, la equidad entre las generaciones presentes y futuras». (Cursivas nuestras).

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo también pueden encontrarse esas referencias al equilibrio entre desarrollo económico y protección ambiental. Interés general en el desarrollo económico, no entendido como interés particular, sino general: en la STS de 22 de febrero de 2006, RC 5805/2003, entre el interés particular en la continuidad de la actividad empresarial y el público en preservar de un impacto negativo un monte catalogado, el Tribunal Supremo se decantó por el interés público en la protección ambiental:

«(...) este último merece mayor protección ante el riesgo de que resulte imposible su completa restauración, pues los perjuicios causados a la entidad recurrente presentan un componente primordialmente económico y, por consiguiente, susceptible de reparación aunque sólo fuera por medio de la indemnización y no de la reposición o restitución, por lo que compartimos la apreciación de la Sala de instancia que le conduce a denegar la medida cautelar pedida por entender que “debe prevalecer el interés público de preservar los valores medioambientales del espacio público de que se trata, incluido dentro de los límites del Parque Nacional de Sierra Nevada”».

Sin embargo, si los intereses en juego son generales, ambos —el ambiental y el económico— deben ser ponderados. Constituye un ejemplo la Sentencia de 19 de septiembre de 2016 (RC 2081/2015):

«(...) Añade la sentencia que: “Las explotaciones mineras, a la par que potencialmente agresoras del medio y el paisaje, constituyen una indudable fuente de riqueza estatal, al punto de constituir uno de los más claros y clásicos ejemplos de demanialidad. Por ello se hace especialmente necesario en esta materia compatibilizar la protección medioambiental con el desarrollo económico”. (...) En cualquier caso, lo que aquí interesa destacar es que los instrumentos de ordenación urbanística pueden establecer limitaciones o hasta prohibiciones a las actividades mineras y así

lo hemos recordado en nuestra sentencia de 3 de noviembre de 2010 (casación 5294/2007), respetando, en todo caso, que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional la prohibición genérica de las actividades extractivas y mineras en un extenso espacio a fin de proteger el medio ambiente requiere la ponderación de la importancia que para la economía nacional implica la explotación minera de que se trate y el daño que se pueda producir al medio ambiente...».

Esa necesaria conciliación de preservación —e incluso mejora— ambiental con un desarrollo económico sostenible, precisa para alcanzarse de muchos mecanismos y, en este sentido, en el curso de la investigación que ahora se publica hemos examinado los incentivos voluntarios a las empresas (tema desarrollado por Javier Esteban) o la implantación de una economía circular (estudiada por Nicolás Guillén). Sin embargo, la investigación se ha centrado en el estudio de las medidas de compensación ambiental y, dentro de ellas especialmente los bancos de conservación de la naturaleza como mecanismo potencialmente muy eficiente de compensación.

Debe tenerse en cuenta que las medidas de compensación son elementos necesarios para que la biodiversidad no se vea dañada por la construcción o implantación de las infraestructuras físicas —de las que todavía existe un considerable déficit en Europa y especialmente en España—, por instalaciones industriales y energéticas, especialmente en este último caso las necesarias para un desarrollo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables que pueda contribuir a la seguridad del suministro, pero también a paliar el cambio climático.

Las medidas de compensación pueden aplicarse en los marcos jurídicos establecidos por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, pero también de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, cuando se haya producido un perjuicio ambiental que sea preciso reparar, y de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Ciertamente, los mecanismos de compensación ambiental cargan con el sambenito de la sospecha de que sean un mecanismo de flexibilización de la evaluación de impacto ambiental en mayor medida que un instrumento de protección ambiental (3). No obstante, una práctica correcta es posible, más con la salvaguarda de los tribunales contencioso-administrativos —a los que diversas asociaciones ecologistas acuden con regularidad y que son claramente pro ambiente en su práctica— y en última instancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que crea una red de seguridad más que consistente.

Entre esas medidas de compensación, la experiencia comparada muestra que los bancos de biodiversidad pueden ser un instrumento con una gran potencialidad. Como bancos de conservación de la naturaleza, esta figura

(3) CONDE ANTEQUERA, 2014.

está definida en el ordenamiento jurídico español (disposición adicional octava, 1, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental) como «conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación» reconocidos por la Administración ambiental incorporando «valores naturales creados o mejorados específicamente». Completando lo anterior, se prevé que los «créditos de conservación» podrán utilizarse como medidas compensatorias o complementarias de las previstas en la legislación de evaluación ambiental, aunque también en el marco de la responsabilidad ambiental o de la legislación sobre patrimonio natural y biodiversidad. Para su creación los bancos requieren una resolución administrativa en la que se reconocerá un número de «créditos». Los terrenos que los soporten deberán ser destinados únicamente a usos compatibles con los «valores naturales creados o mejorados» y esa limitación del dominio deberá constar en el Registro de la Propiedad. Además, los créditos estarán inscritos en un Registro público único y la transmisión se hará «en régimen de libre mercado». Sin embargo, la falta de un régimen detallado, por falta de desarrollo reglamentario, ha impedido la puesta en marcha hasta ahora de este tipo de figuras, fuera de algunos proyectos experimentales, sin vocación comercial y con repercusión limitada. La investigación realizada se ha dirigido a mostrar la relevancia de las medidas de compensación en general y de los bancos de conservación entre ellas.

II. MEDIDAS DE MERCADO CON INCIDENCIA POTENCIAL EN LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

La interiorización de lo ambiental en la toma de decisiones en los ámbitos públicos pero también privados es un elemento esencial en la protección de la biodiversidad, que en este segundo grupo de casos no puede basarse únicamente ni en mandatos imperativos ni en medidas represivas. En línea con lo anterior, la compra pública verde ejerce un efecto de orientación de la actividad empresarial: una empresa que adapta sus procedimientos y productos para poder contratar con la Administración que exige determinados estándares ambientales a sus proveedores, va a trasladar esos mecanismos de actuación al conjunto de su actividad, produciéndose un efecto multiplicador. No son los únicos elementos a considerar: el avance hacia una economía circular puede ayudar a reducir considerablemente la huella ecológica de las actuaciones necesarias para el mantenimiento de una sociedad tecnológicamente avanzada.

1. Medidas estructurales: el avance hacia una economía circular

La economía circular es un instrumento de sostenibilidad. Como tal ha sido invocada fundamentalmente en foros sobre el cambio climático, como expone Nicolás GUILLÉN NAVARRO, es decir, como búsqueda de la neutralidad

climática de las actividades productivas. No obstante, sus primeras menciones en documentos comunitarios ligan este enfoque a la gestión y valorización de recursos, especialmente metales. Sin embargo, pronto se uniría una preocupación porque el diseño de aparatos y productos incorpore —además de consideraciones sobre la reutilización— una preocupación por el ciclo de vida del producto —en suma la voluntad de pasar de un diseño para el reciclado al diseño para la circularidad—, algo que ya está incorporado a la legislación de contratación pública, pero quizá todavía no a la práctica de la contratación pública, al menos en España.

En su artículo, GUILLÉN NAVARRO analiza la Comunicación de la Comisión «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular» de 2015. (4) En su opinión, es un paso decisivo en la transición a un nuevo modelo económico sustentado en que el «valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible» y «en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos». En el enfoque de la Comisión se menciona expresamente la mejora de la competitividad de la economía europea como un objetivo, pero también un alto componente ambiental en aspectos como la sostenibilidad, la eficiencia en el uso de los recursos o el cambio climático y el control de las emisiones en una economía hipocarbónica. En este sentido, se fijan cinco áreas prioritarias de actuación —plásticos, alimentaria, materias primas críticas, construcción y demolición y, finalmente, biomasa y productos con base biológica— elegidas por las características específicas de sus productos o cadenas de valor, su huella ambiental, pero también en función de la dependencia de materiales de fuera de Europa.

Directamente relacionada está la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, en la que entre otras cuestiones se atiende a la presencia de plásticos en los productos y el consiguiente impacto medioambiental negativo de los vertidos de basura dispersa o de los medios inadecuados de eliminación de residuos del producto en el medio ambiente. Una estrategia también directamente relacionada con la protección de la biodiversidad a través de políticas transversales es la enunciada en la Comunicación de la Comisión dirigida a una estrategia de mayor eficiencia del sector alimentario (5). En ese documento se asumen

(4) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular». COM(2015) 614 final. Bruselas, 2.12.2015.

(5) Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones «Estrategia “de la granja a la mesa” para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente». COM (2020) 381 final. Bruselas, 20.5.2020.

objetivos como la reducción del uso de los plaguicidas en un 50 por ciento al menos o el uso de fertilizantes en al menos un 20 o un 50 las ventas de antimicrobianos para animales de granja y de acuicultura, a lo que se suma la revisión tanto de la directiva sobre el uso sostenible de los plaguicidas y mejora de la gestión integrada de plagas, como de los reglamentos para facilitar productos fitosanitarios que contengan sustancias activas biológicas.

2. Responsabilidad social corporativa en la preservación del ambiente natural: imperativos éticos y estéticos de administradores e inversores

La responsabilidad ambiental es un elemento transversal a nuestras sociedades, en las que la conciencia de la necesidad de un desarrollo sostenible que articule protección ambiental y crecimiento económico está generalmente asumido. Una investigación que pretenda poner en contexto las medidas de compensación y otros mecanismos regulatorios dirigidos a la protección ambiental tiene que tener necesariamente en cuenta los mecanismos no coercitivos que pueden impulsar a las empresas privadas a integrar la componente ambiental en sus procesos de toma de decisiones. Los condicionamientos y las posibilidades que esto abre han sido analizadas en profundidad por Javier ESTEBAN RÍOS.

La adopción de principios ambientales como patrón de actuación puede adoptarse de forma espontánea. Un ejemplo claro son los llamados «principios de Ecuador», criterios ambientales y sociales utilizados por las entidades financieras signatarias de los correspondientes documentos para evaluar determinados proyectos: se aplicarían fundamentalmente en el asesoramiento financiero de proyectos o la financiación de proyectos cuando los costos totales de capital sean iguales o superiores a 10 millones de dólares o para la evaluación préstamos corporativos vinculados a proyectos a partir de 50 millones de dólares así como actuaciones derivadas de los anteriores que se traduzcan en créditos a corto plazo o refinanciación de proyectos o adquisiciones vinculadas a los proyectos anteriores (6).

Esta asunción voluntaria de principios ambientales en la toma de decisiones puede tener un fundamento ético, pero también ser una cuestión de imagen corporativa de la entidad, aunque es preciso reconocer que la relevancia que los inversores dan a las cuestiones ambientales a la hora de tomar decisiones de inversión es todavía relativa. En todo caso, la estandarización de la inversión, de manera que sea fácilmente comprensible y se preste a la comparación con otras posibilidades ambientalmente más favorables, es fundamental, como

(6) Puede consultarse el documento «Equator Principles. EP4. July 2020». Aunque la versión oficial esté en inglés, existe traducción española: «Equator Principles. Los principios de Ecuador EP4. Julio 2020».

ha señalado la Comisión Europea (7). Entrarían también en el campo de las acciones voluntarias aquellos casos en los que se actúe a impulsos de medidas administrativas de fomento, tengan o no carácter económico. En todo caso, ello ha llevado a menudo a la implantación voluntaria de mecanismos de gestión ambiental conforme a estándares europeos (8).

Una perspectiva complementaria es la que proporciona el «Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas» (9). En el principio 24 de ese Código, se contemplan conjuntamente las cuestiones ambientales y sociales y se establece al respecto que la «sociedad promoverá una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados». Y en la Recomendación 55 se establecen una serie de criterios sobre la difusión de la información atinente al cumplimiento de ese principio.

Los códigos de buen gobierno entran en la categoría de derecho indicativo o soft law, cuyas reglas no generan una obligación de cumplimiento de sus contenidos sustantivos, pero sí obligaciones formales de difundir información fiable, declarando el cumplimiento o, por el contrario, motivando o explicando los motivos por los que se ha optado por no cumplir con las recomendaciones («comply or explain»). Sin embargo, la formulación del Código de Buen Gobierno en este campo específico es excesivamente genérico para no generar riesgos de «greenwashing» o cumplimiento meramente aparente (VIVES, 2019).

Resulta más problemática la imposición de mecanismos organizativos o procedimentales para asegurarse del peso de los factores ambientales en las

(7) En este sentido, desde la Unión Europea se ha trabajado en la elaboración de una «taxonomía» que permita planificar e informar al incorporar los criterios técnicos para determinar las actividades económicas que pueden ser consideradas sostenibles. El Reglamento UE 2020/852, de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, se elaboró sobre la base del Informe Final de Taxonomía UE de marzo de 2020, elaborado por un Grupo Técnico de Expertos, y adopta un sistema de clasificación unificado o «taxonomía» (TAPIA SÁNCHEZ, 2020).

Esa preocupación de la Comisión se plasma, entre otros documentos, en el Reglamento Delegado (UE) 2021/2178 de la Comisión de 6 de julio de 2021 por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante la especificación del contenido y la presentación de la información que deben divulgar las empresas sujetas a los artículos 19 bis o 29 bis de la Directiva 2013/34/UE respecto a las actividades económicas sostenibles desde el punto de vista medioambiental, y la especificación de la metodología para cumplir con la obligación de divulgación de información.

(8) Reglamento (CE) 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. Existen también normas técnicas internacionales, como la ISO 14000.

(9) Comisión Nacional del Mercado de Valores: «Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Febrero de 2015 (Revisado en junio 2020)».

decisiones empresariales. Tras establecer el marco constitucional que condicionaría la legitimidad de estas normas imperativas en el ámbito decisorio interno de las empresas, ESTEBAN RÍOS analiza diversas posibilidades: existencia de comités específicos o incorporación a los consejos de administración de expertos ambientalistas o bien incorporar a los procesos de toma de decisiones de terceros que aportasen información y opiniones expertas. ESTEBAN RÍOS (2022) también baraja la vinculación de una parte variable de las retribuciones del consejo de administración a la incorporación de elementos de sostenibilidad, desplazando la tentación del cortoplacismo por una perspectiva a más largo plazo. La incorporación preceptiva de cuestiones ambientales al proceso de toma de decisiones es una posibilidad inédita. Si hay algún ejemplo de incorporación del interés público a la toma de determinadas decisiones, aunque resulte complejo determinar si su mención en la normativa, sin mayores concreciones, ha podido tener algún tipo de influencia real en la toma de decisiones concretas: se trata necesariamente de conceptos necesariamente genéricos e imprecisos, cuya utilización no parece excesivamente prometedora.

3. La dimensión estratégica de la contratación pública en la compra de energía verde

En la Comunicación de la Comisión, «Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva» (10), se señala como finalidad una energía segura, sostenible, competitiva y asequible. Para ello se plantean cinco cuestiones: seguridad energética, solidaridad y confianza; un mercado europeo de la energía plenamente integrado; eficiencia energética y moderación de la demanda; descarbonización; y finalmente investigación, innovación y competitividad.

El «efecto invernadero» es necesario para preservar unas condiciones óptimas para la vida, al amortiguar las variaciones extremas de temperatura en el planeta. Sin embargo, unas excesivas emisiones antropogénicas de CO₂ pueden desestabilizar el equilibrio atmosférico, amenazando la biodiversidad y la producción de energía supone más del 75% de las emisiones antropogénicas en la Unión Europea, por lo que la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y sus eventuales revisiones futuras, supone un instrumento de primer orden.

En este ámbito inciden las garantías de origen de la electricidad —que determinan cantidades o porcentajes de electricidad obtenida a partir de fuentes

(10) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones «Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva». COM/2015/080 final.

de energía renovables— y las etiquetas asignadas a cada comercializadora desde el mínimo («A») hasta el máximo impacto ambiental («G»). La etiqueta «A» comportará necesariamente que la totalidad de la energía comercializada en el ejercicio anterior por una concreta empresa comercializadora es de origen renovable. Sin embargo, exigida esa etiqueta como requisito de solvencia puede considerarse desproporcionado, como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de marzo de 2022 (11). Como señala FUERTES (2022), el Tribunal Supremo ha aceptado el argumento, esgrimido por la entidad recurrente, de que no haber obtenido una calificación «A» en el etiquetado de electricidad, por haber comercializado durante el año precedente únicamente energías de origen renovable, no hace peligrar el cumplimiento del objeto del contrato. En consecuencia, la exclusión resultó injustificada y desproporcionada. Esta exigencia retrospectiva, que contempla solamente la energía renovable comercializada en el año anterior, implica una penalización para aquellas empresas aptas para proveer la electricidad renovable en el momento de contratar y no asegura que las empresas que hayan comercializado el año anterior toda la electricidad de ese origen vayan a hacer lo mismo el año siguiente.

III. LA CREACIÓN DE LOS MERCADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: BANCOS DE HÁBITAT Y BANCOS DE BIODIVERSIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Una primera lección de la práctica norteamericana, con una notable experiencia aplicativa a sus espaldas, es que —como destaca DE GUERRERO MANSO (2022b)— los bancos son un mecanismo de compensación ambiental, pero en absoluto el único: junto a ellos, en Estados Unidos se utilizan los «Permittee-Responsible Mitigation» (mitigación del impacto ambiental realizada por el titular del permiso de construcción o explotación, directamente o a través de proveedores) y los «In-Lieu Fee Mitigation». En este último caso, el titular del permiso paga por las actuaciones de compensación a un fondo de compensación autorizado, que asume la responsabilidad y que puede ser gestionado por una entidad pública o por una organización sin ánimo de lucro. La compensación no se materializa en el sitio del impacto ambiental negativo y, a diferencia de los bancos, habitualmente tiene lugar tras el impacto. Por este motivo, la «In-lieu fee mitigation» se utiliza si es apropiada para la especie o el hábitat y no es posible recurrir a otras modalidades de compensación.

La implantación de los bancos de mitigación de humedales o «Wetland mitigation banking» en Estados Unidos en los años 1980 supuso un importan-

(11) Sentencia 376/2022, de 25 de marzo de 2022, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, recurso 6542/2019.

tísimo paso adelante en la puesta en práctica de nuevas técnicas de preservación de la biodiversidad. Aunque su denominación pudiera hacer suponer lo contrario, estos bancos no se limitan a los humedales (wetland), sino que pueden consistir en «un humedal, torrente u otra área de recursos acuáticos» («a wetland, stream, or other aquatic resource area») que sea objeto de restauración, creación, realce o incluso preservación, como se recoge en la definición incorporada por la US Environmental Protection Agency a su página web (12). Las experiencias iniciales no alcanzaron las expectativas: pudo apreciarse tanto defectos de cumplimiento, ya que no se conseguía la creación de los valores ambientales previstos para la compensación, como defectos de éxito, dado que los objetivos biológicos no se materializaban adecuadamente. Con diferencias entre unas y otras experiencias: la creación de hábitats de humedales resultó menos exitosa que su restauración, porque requiere mucho más tiempo generar un nuevo hábitat, a lo que se añade el tiempo preciso para que las especies lo colonicen.

Se detectaron problemas de ejecución, de superficie mínima indispensable para cumplir la función biológica, de necesidad de una gestión mantenida en el tiempo y, relacionado con ello, la insuficiente financiación a largo plazo, además de riesgos externos, como catástrofes naturales o vandalismo de diversos tipos, como señala DE GUERRERO MANSO (2022b) sintetizando la posición de MEAD.

Si los bancos de mitigación de humedales tienen el fin de mantener la superficie de estos espacios de gran riqueza biológica, con los «Conservation banking» —implantados con posterioridad, inicialmente por el Estado de California, y regulados a nivel federal en la Endangered Species Act— cambia el enfoque: se dirigen a compensar los impactos adversos sobre especies en peligro, amenazadas o protegidas por medio de un espacio —el banco de conservación— en el cual los créditos representan individuos o hábitats. Crean incentivos para que los terratenientes protejan determinadas especies en sus terrenos. La denominación «Conservation Banking» fue adoptada por el United States Fish and Wildlife Service para distinguir los bancos destinados a la protección de especies en riesgo de los bancos de mitigación de humedales.

El punto de inflexión para los Wetland mitigation bank se produjo en noviembre de 1995 con la aprobación de «The Federal Guidance for the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks», un trabajo conjunto de varios organismos (el US Army Corps of Engineers, la United States Environmental Protection Agency o EPA, el Natural Resources Conservation Service, el United States Fish and Wildlife Service y el National Marine Fisheries Service. Tiene por objeto la utilización de los bancos para cumplir los requisitos de

(12) <https://www.epa.gov/cwa-404/mitigation-banks-under-cwa-section-404>.

mitigación requeridos para el otorgamiento de los permisos de la Sección 404 de la Clean Water Act (13) y las normas sobre conservación de los humedales de la Food Security Act (disposiciones «Swampbuster»). La guía mantenía la preferencia por la compensación *in situ*, pero flexibilizaba el uso de la compensación externa, no solo si en el propio lugar no fuese posible, también cuando sea ambientalmente preferible por motivos como los efectos negativos de la fragmentación. En 2008 se dio otro impulso decisivo de los bancos de mitigación con la «Compensatory mitigation for Losses of Aquatic Resources» (73 Fed. Reg. at. 19, 595), que comportó la modificación en el orden de preferencias en la compensación, con preferencia de los bancos de mitigación frente a la realización de proyectos de compensación individuales.

En Estados Unidos existen varios mercados de créditos ambientales para mitigar los impactos negativos en distintos ámbitos: humedales, especies en peligro, calidad de las aguas y emisiones de carbono. Es posible que un proyecto de conservación pueda generar créditos ambientales para varios de esos mercados, en un mismo espacio o como resultado de una misma actividad. Lo imprescindible es la correcta contabilización de los créditos, de manera que cada crédito se venda una única vez y con cada uno se genere la adicionalidad precisa para evitar la pérdida neta de biodiversidad.

Como señala DE GUERRERO MANSO, en la doctrina y la práctica norteamericanas suscita dificultades el requisito de conservación «a perpetuidad», que supone una congelación de usos y aprovechamientos. Desde el punto de vista jurídico, la cautela es fácil de entender: las vinculaciones perpetuas o prohibiciones de disponer del derecho de propiedad son también contrarias a nuestra tradición jurídica, tal como se refleja en el art. 785 del Código Civil español, entre otros. Una tradición que tiene probablemente su origen en la legislación de desamortización del siglo XIX, pero que está estrechamente vinculada al orden económico liberal y a la economía de mercado.

En la práctica un problema adicional es la necesidad de financiación que genera una gestión a perpetuidad de los terrenos integrados en el banco. Es claro que no basta preservar de la urbanización y dejar los terrenos a su suerte si se quiere mantener un estado de conservación compatible con su función biológica. También es claro que la obligación de dar una correcta financiación a los bancos de conservación recae directamente sobre el propietario o patrocinador del banco, pero resulta necesario que las agencias reguladoras ejerzan la supervisión también en este ámbito, independientemente de que los promotores sean entidades con ánimo de lucro o empresas privadas.

(13) La Sección 404 del Federal Water Pollution Control Act, aprobada en 1972, pasó a ser denominada tras su reforma en 1977, Clean Water Act.

IV. COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y BANCOS DE MEDIO AMBIENTE EN EUROPA

La compensación ambiental es una técnica bien conocida e interiorizada por los ordenamientos europeos, aunque los bancos de conservación hayan tenido hasta ahora un desarrollo inferior al del Derecho norteamericano. No obstante, suponen experiencias con un importante elemento en común con nuestro ordenamiento: el Derecho comunitario y, especialmente, la Directiva Hábitats (14). Es especialmente relevante lo establecido en el art. 6 de la Directiva, en cuanto a la evaluación de los impactos ambientales en los espacios de la Red Natura 2000 y la eventual consecuencia de su compensación preceptiva:

1. Con respecto a las zonas especiales de conservación, los Estados miembros fijarán las medidas de conservación necesarias que implicarán, en su caso, adecuados planes de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo, y las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva.

3. *Cualquier plan o proyecto* que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda *afectar de forma apreciable* a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada *evaluación* de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, *las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar* en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.

4. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y *a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica*, el Estado miembro tomará cuantas *medidas compensatorias* sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.

(14) Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarias, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden». (Cursivas nuestras).

La cuestión es qué medidas de compensación y con qué concretos mecanismos de actuación están disponibles en los diferentes ordenamientos. Se han elegido al efecto dos muy significativos, como son el alemán (MOREU CARBONELL) y el francés, éste abordado tanto desde una perspectiva general (ALCARAZ) como respecto a la específica cuestión de la implantación de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables (BOURREL).

1. El origen de la compensación ecológica en Europa: la experiencia francesa

En el ordenamiento jurídico francés apenas se utilizan los términos «bancos de conservación» o «bancos de compensación», siendo preferido el concepto más genérico de «compensación ecológica», como agudamente destaca Hubert ALCARAZ (2022). Ello es acorde con el hecho de que los bancos son uno más entre los mecanismos de compensación en cuya aplicación Francia ha adquirido una considerable experiencia. De hecho, la inspiración de las previsiones sobre compensación ambiental del citado art. 6 de la Directiva Hábitats de 1992 está muy probablemente en el ordenamiento francés.

La secuencia «Evitar, Reducir, Compensar» aplicada a los impactos ambientales negativos, que es el núcleo del mecanismo de protección ecológica, apareció en el ordenamiento jurídico francés hace algo más de cuarenta años, con la Ley nº 76-629 de 10 de julio de 1976 de protección de la naturaleza. Esa secuencia y el principio de compensación pasarían a la legislación europea, en particular a las directivas «Hábitats» de 1992 y «Aves» de 2009 (15).

La regla que por excepción permite que hábitats o especies protegidos se vean afectados en el contexto de proyectos de desarrollo si se aplican medidas de compensación, recogida en la Directiva Hábitats, está consagrada en la legislación francesa, adaptada en 2006 (16). El principio de

(15) También se encuentran, más recientemente, en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y en la Directiva 2014/52/CE, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(16) Ley sobre la orientación agrícola o Loi nº 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

reparación en particular está recogido en el art. 4 de la «Charte de l'environnement» de 2004 (17), un texto normativo que forma parte del bloque de la constitucionalidad.

No obstante, esas previsiones un tanto genéricas requerían una mayor concreción, que se produjo con la Ley n° 2016-1087 para la reconquista de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes (18). Como resultado, todo proyecto o plan susceptible de afectar al medio ambiente debe pasar por tres etapas: evitación de impactos, reducción y, por último, la de compensación de los impactos residuales del proyecto, plan o programa si las dos etapas anteriores no los han eliminado. Esta secuencia —«evitar, reducir, compensar»— es la base para conciliar la protección de la biodiversidad, el desarrollo económico y la ordenación del territorio. En consecuencia, en cualquier proyecto de desarrollo se deben anticipar sus consecuencias o daños futuros. Según el artículo L. 163-1 del Code de l'environnement o Código del Medio Ambiente, la finalidad de las medidas de compensación de la biodiversidad es «compensar, en función de su equivalencia ecológica, los daños previstos o previsibles causados a la biodiversidad por la realización de un proyecto u obra, o por la puesta en marcha de actividades o la ejecución de un plan, esquema, programa u otro documento de planificación». En consecuencia, de acuerdo con la legislación francesa hay que compensar las obras, estructuras y desarrollos que requieren un estudio de impacto. Es decir, que la regla, formulada ya en 1976, es que de acuerdo con la legislación francesa hay que compensar las obras, estructuras y desarrollos que requieren un estudio de impacto. Prevalece aquí el concepto de que las medidas de compensación deben estar vinculadas al principio de prevención y corrección de los daños ambientales. Es decir, como señala ALCARAZ, que la Ley de 2016 no considera la compensación como un principio autónomo del Derecho ambiental, contrariamente a una interpretación mantenida durante algún tiempo. Por otra parte, la compensación sólo se aplicará si las demás medidas —de evitación y reducción— no han sido suficientes para eliminar el daño medioambiental: si tras la aplicación de las medidas de evitación y reducción, hay impactos residuales, la compensación ecológica es la última posibilidad para cumplir el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad o «equivalencia ecológica».

En Francia, la compensación no tiene la misma fuerza según se aplique a daños a la «biodiversidad protegida» o a la biodiversidad «ordinaria». En consecuencia, si hay riesgo de daños a un espacio de la Red Natura 2000,

(17) Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, art. 4: «Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi».

(18) Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

es decir, si el análisis del proyecto muestra que puede tener efectos nocivos significativos, durante o después de su ejecución, el expediente debe incorporar las medidas que se adoptarán para eliminar o reducir esos efectos nocivos. Cuando los efectos negativos persistan después de estas medidas de evitación o reducción, el expediente de evaluación debe prever también las soluciones alternativas posibles, así como los motivos que justifican la realización del proyecto, es decir, la exposición de las razones imperiosas de interés público superior y la propuesta de medidas compensatorias (artículo L. 414-4 del Código del Medio Ambiente).

Si el sitio de la Red Natura 2000 contiene un hábitat o una especie prioritaria, deben justificarse razones de salud o seguridad pública, o deben demostrarse beneficios medioambientales significativos u otras razones imperiosas de interés público de primer orden y sólo si se superan estos dos obstáculos —demostración de la ausencia de una solución alternativa y de un interés público superior— entran en juego las medidas compensatorias, que deben «permitir una compensación efectiva y proporcionada con respecto al deterioro de los objetivos de conservación del sitio o sitios de Natura 2000 afectados y el mantenimiento de la coherencia global de la red Natura 2000» (art. R. 414-23, IV, 2º del Código del Medio Ambiente).

Al margen de la Red Natura 2000 —es decir, respecto a la biodiversidad ordinaria—, están prohibidos los daños a los hábitats y a las especies animales y vegetales protegidos, pero es posible establecer una excepción a esta prohibición por «razones imperiosas de gran interés público, incluidas las de carácter social o económico». Para ello debe cumplirse una doble condición: que «no exista otra solución satisfactoria» y «que la excepción no perjudique el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies afectadas en su área de distribución natural» (art. L. 411-2, 4º del Código del Medio Ambiente). En todo caso, a partir de la Ley de 8 de agosto de 2016 para la reconquista de la biodiversidad, la obligación de compensación existe en ambos casos (Código del Medio Ambiente, artículo L. 163-1).

En el Derecho francés no hay un método único de compensación: las medidas pueden ser trabajos de restauración de entornos o especies (como reintroducción de especies o impulso a sus poblaciones), gestión de espacios (restauración y conservación), actuaciones de protección como la creación de una reserva natural o a la compra y protección de entornos comparables, pero pueden también consistir en procesos inmateriales, como la formación o sensibilización de los usuarios o gestores del sitio o la financiación de tesis u otros trabajos de investigación.

Para su puesta en práctica existen tres opciones: las medidas pueden ser aplicadas directamente por el titular del proyecto, puede contratar a un «ope-

rador de compensación», o adquirir unidades de compensación en un «sitio de compensación natural». Esta última es una innovación de la Ley de 2016, por la que se crea esta nueva fórmula de sitios naturales de compensación aprobados por el Ministerio y de la regulación de la condición de operador de compensación ecológica.

El Código de Medio Ambiente establece los elementos a controlar por la Administración: las medidas de compensación deben estar geolocalizadas y descritas en un sistema nacional de información geográfica accesible al público y los titulares de los proyectos han de proporcionar los datos necesarios para su registro; la Administración pueda pedir al promotor garantías financieras para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de compensación; puede también ordenar medidas adicionales o hacer que se lleven a cabo, con cargo al promotor, por un operador de compensación o un sitio natural de compensación autorizado, entre otras. En todo caso, la restauración debe ser previa a la venta de unidades de compensación, lo que es esencial para mantener la biodiversidad, ya que la compensación se produce antes de la destrucción para permitir la supervivencia de las especies.

Sin embargo, parece que en la práctica los titulares de proyectos están prefiriendo aplicar las medidas de compensación a través de actuaciones propias (ingeniería ecológica, finanzas y terrenos) en lugar de recurrir a un tercero. Esta tendencia explica sin duda que el único operador de biodiversidad —o, al menos, el único de un cierto tamaño— sea CDC Biodiversité, cuyas acciones pertenecen al cien por cien a la «Caisse des dépôts et consignations», una entidad financiera pública que es también la propietaria, entre otras empresas, de «La Poste», el Correos francés.

2. Un supuesto específico: renovables y biodiversidad en Francia

La práctica administrativa y la jurisprudencia francesa muestran un compromiso entre objetivos ambientales que a veces pueden entrar en colisión, como son la lucha contra el cambio climático y la protección de la biodiversidad, algo que es analizado en profundidad por BOURREL (2022). En principio, esta posición parece alinearse con las directrices emanadas de la Unión Europea: debe tenerse en cuenta la política de la Unión Europea de fomento de las energías renovables, no sólo por motivos ambientales, sino como elemento de diversificación y seguridad del suministro, convertido en urgente como resultado de la invasión rusa de Ucrania, como se destaca en la Recomendación (UE) 2022/822 de la Comisión de 18 de mayo de 2022 sobre la aceleración de los procedimientos de concesión de permisos para los proyectos de energías renovables y la facilitación de los contratos de compra de electricidad, en la que se recoge el estado legislativo de la cuestión. De acuerdo con el párrafo 24:

«Los Estados miembros deben velar por que *el sacrificio o perturbación de especímenes individuales de aves silvestres y especies protegidas* en virtud de la Directiva 92/43/CEE del Consejo (19) *no sea un obstáculo para el desarrollo de proyectos de energías renovables*, mediante la exigencia de que dichos proyectos *integren, según proceda, medidas de mitigación* para prevenir de manera eficaz en la medida de lo posible el sacrificio o la perturbación, *el seguimiento de su eficacia y, a la luz de la información obtenida del seguimiento, la adopción de medidas adicionales* necesarias para garantizar que no se produzca un impacto negativo significativo en la población de las especies de que se trate. Si se hace así, el sacrificio o la perturbación accidentales de especímenes individuales no deben considerarse deliberados y, por tanto, no deben entrar en el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 92/43/CEE ni del artículo 5 de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (20)».

Como ya se ha expuesto, la «exención» de determinados proyectos, que pueden ser autorizados pese a afectar a especies protegidas de forma directa (sobre los propios especímenes) o indirectamente (sobre sus hábitats), es algo incorporado a la legislación francesa. Los diversos beneficios del proyecto (generales, sociales, pero también económicos) son elementos que ayudan a argumentar el carácter imperativo de un determinado proyecto en relación con la gravedad de los daños a las especies y los hábitats. En el ejercicio de ponderación, el juez integra las medidas de evitación, reducción y compensación prescritas por la resolución de autorización para reducir el daño a las especies y los hábitats. En todo caso, la referencia en el acuerdo de aprobación de los proyectos será la comparación de los *impactos brutos* y los *impactos residuales* (que son los efectivamente producidos tras la aplicación de la secuencia evitar-reducir-compensar). Debe siempre tenerse en cuenta que aunque el proyecto responda a una razón imperiosa de interés público mayor, afecta a especies protegidas y, por lo tanto, la existencia de una excepción sólo puede reconocerse si el impacto sobre la especie no perjudica el mantenimiento de un estado de conservación favorable de la especie en cuestión, además de que deberá necesariamente ser el menor posible tras la aplicación de la secuencia de evitación-reducción-compensación y no existir una solución más satisfactoria.

Yendo al supuesto específico de la implantación de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, como señala BOURREL, la jurisprudencia francesa considera que el incremento de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables responde

(19) Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DO L 206 de 22.7.1992, p. 7).

(20) Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres (DO L 20 de 26.1.2010, p. 7).

a un importante interés general, en función de la asunción de ese objetivo tanto por la legislación nacional como por su inclusión en los compromisos asumidos por la República Francesa con la Comisión Europea, con la finalidad de diversificar las fuentes de energía y reducir la dependencia exterior. En algunos casos también se invocan los objetivos de lucha contra el cambio climático. La importancia cuantitativa del proyecto y la existencia o no en la zona de implantación de un suministro energético asegurado y suficientes fuentes de energía eléctrica renovable, son elementos que entran en la ponderación *en concreto* que hace el juez administrativo francés. Junto a ello, no debe haber otra solución satisfactoria, porque la conservación de las especies es un elemento esencial. La validez de las excepciones depende en última instancia de la capacidad del proyecto para mantener las poblaciones de las especies afectadas en un estado de conservación favorable en su área de distribución natural.

Quedan bajo el control judicial, en el caso de los parques eólicos, si las medidas previstas en el estudio de impacto ambiental y en la resolución administrativa reconociendo la excepción —que puede reforzarlos— son suficientes para garantizar el estado de conservación favorable. Serán medidas de evitación de impactos negativos (elección del período de construcción que menos interfiera, evitación de las zonas más sensibles, entre ellos), las medidas de reducción (notablemente respecto al ruido, previendo bridas de los aerogeneradores que puedan ralentizarlos o incluso detenerlos, altura de los aerogeneradores, entre otros), las medidas de compensación (serían ejemplos la forestación compensatoria, mejora de la funcionalidad del ecosistema forestal o creación de lugares de reproducción) son suficientes para mantener a la especie afectada en un estado de conservación favorable y es satisfactorio lo previsto en cuanto al seguimiento (estudio de mortalidad, seguimiento a largo plazo de las comunidades biológicas potencialmente sensibles, acciones de sensibilización para la preservación de la biodiversidad, entre otras acciones). En todo caso, en el expediente administrativo deben constar los elementos necesarios para que el juez pueda evaluar si los impactos residuales (tras la aplicación de todas las medidas de evitación, minoración y compensación) pueden perjudicar el mantenimiento en un estado de conservación favorable de la especie o especies potencialmente afectadas.

El juez administrativo francés puede anular parcialmente una autorización ambiental, al entender que habría sido necesario para su otorgamiento el reconocimiento expreso de una excepción por la Administración. En tal caso, el procedimiento administrativo podrá retomarse, con la solicitud por el promotor del proyecto del reconocimiento de una excepción a la Administración competente, que podría no haber sido solicitada en el inicio del procedimiento autorizador.

3. Un sistema maduro: Alemania

En 1993 se crearon en Alemania los «fondos de compensación», básicamente una relación de lugares aptos para realizar compensaciones de impactos negativos, equivalentes a los bancos de conservación: los municipios podían ejecutar medidas como reforestaciones, restauración de ríos o humedales, trasladando el coste a los promotores o constructores, quienes además debían pagar por las medidas de compensación ecológica establecidas por la ley. El sistema comportaba una excesiva rigidez en la selección de los emplazamientos y daba lugar a compensaciones fragmentadas y muy costosas, como señala MOREU CARBONELL (2022) en este mismo monográfico.

La Ley de Conservación de la Naturaleza de 29 de julio de 2009 contempla un procedimiento de mitigación y de compensación ambiental de impactos uniforme para todos los Länder en el que se prescinde de requisitos restrictivos de coherencia espacial, temporal y funcional entre el impacto y la compensación para agilizar y abaratar la compensación. Los Länder pueden prever medidas compensatorias propias en el planeamiento urbanístico regional.

La prioridad es la evitación o mitigación. Más allá, la legislación alemana incorpora el principio de igualdad de las medidas de compensación, sean de restauración o de sustitución. Esta igualdad no supone libertad en la elección de la medida: la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza mantiene la regla de que las medidas compensatorias están orientadas a restaurar de forma similar o equivalente el espacio natural afectado por un proyecto. En consecuencia, en función de las circunstancias fácticas, del conjunto de normas ambientales aplicables y con respeto al principio de proporcionalidad, hay que decidir si la compensación se hace por similitud o por equivalencia, como señala MOREU CARBONELL.

Si los perjuicios inevitables no pueden compensarse o sustituirse en un plazo razonable, habrá que optar entre no autorizar el proyecto, si la valoración de intereses en presencia lleva a decidir que los intereses de conservación de la naturaleza están por encima; o por establecer una indemnización sustitutiva, que es subsidiaria de las medidas de compensación y, por tanto, una suerte de «último recurso». La cuantía se calcula en función del coste medio de las medidas de compensación no aplicadas (costes teóricos o hipotéticos de la restauración) y el dinero se destina a medidas de conservación y cuidado del paisaje, preferentemente en la zona natural afectada.

Un paso más allá ha sido la creación de mercados de compensación que permiten el comercio de créditos de biodiversidad. Los promotores de proyectos han de compensar las pérdidas de biodiversidad generadas y este sistema permite que se almacenen «créditos» para facilitar la cantidad adecuada como medidas de compensación a través de instrumentos de compensación como son los parques de tierras y las ecocuentas: los «parques de tierras» son lugares

reservados para futuras medidas de compensación disponibles antes de que se produzca un impacto y la «ecocuenta» es un registro en el que se anotan las medidas de compensación utilizables en el futuro para compensar impactos.

El propietario de un terreno destinado a banco de conservación valora su estado ecológico actual y el esperable tras la ejecución de las medidas de mejora ambiental, traduciendo ese cambio en «ecopuntos» (de forma simétrica, los impactos de los proyectos de desarrollo sobre otros terrenos se valorarán también en «ecopuntos»). El proyecto de banco de conservación se presenta a la Administración ambiental y, tras su aprobación, los créditos ambientales pasan a la categoría de «planificados» y son transmisibles: el propietario del banco puede utilizar los «ecopuntos» registrados para compensar un impacto realizado por él mismo o para venderlos a terceros para compensar sus impactos a un precio libremente acordado por las partes. La Administración registrará entonces la medida de compensación como «utilizada».

Para incentivar la materialización temprana de las medidas de compensación se reconoce una especie de «interés», de modo que a la medida de compensación que se registre como completada en una ecocuenta se añade un porcentaje adicional sobre el número original de ecopuntos hasta que la compensación se ejecute. Otra peculiaridad destacable del sistema alemán es que el impacto negativo de un proyecto en un tipo de hábitat no tiene que ser compensado con medidas de restauración en ese mismo tipo de hábitat, dado que el comercio de ecopuntos se puede hacer entre hábitats diferentes.

Como señala MOREU CARBONELL, uno de los puntos fuertes del modelo alemán de mitigación de impactos es que la compensación se aplica a gran escala, también fuera de las zonas protegidas, lo que permite mantener un «nivel mínimo de protección a escala completa», sin que los costes supongan una carga para el público, sino que son asumidos por quien ejecuta el proyecto de acuerdo con el principio de «quien contamina paga».

Los desafíos del sistema son la realización efectiva de las medidas compensatorias —hay proyectos de compensación que no han alcanzado sus objetivos, infringiendo el principio de «no pérdida neta»— y una producción de ecopuntos que sea económicamente eficiente. Los mayores proveedores de ecopuntos son los organismos públicos, sean agencias ambientales, fundaciones públicas u otros. Agricultores y propietarios forestales privados tienen un papel menor en la generación de ecopuntos (solo el 8% de los parques forestales son de propiedad privada). Por otra parte, las agencias ecológicas de intermediación, como la del Land de Hesse, pueden facilitar la tarea de reducción de costes y la venta de puntos, pero sus servicios no son gratuitos y cobran una tasa de intermediación de aproximadamente el 6% del importe total. En todo caso, el modelo alemán de compensación ambiental —perfectible— tiene un amplio reconocimiento interno e internacional como un modelo a seguir.

V. COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y BANCOS DE CONSERVACIÓN EN HISPANOAMÉRICA

El estudio de la compensación ambiental en Hispanoamérica permite mostrar como ha sido posible articular medidas eficaces de compensación ambiental en países de renta media con claras afinidades culturales e históricas con España.

Lo cierto es que hay enormes diferencias entre unos y otros países. La compensación ambiental está en sus inicios en Argentina, como muestra el trabajo de BUTELER, aunque con un programa en funcionamiento para mantener y mejorar la superficie forestal. En México en cambio, aunque no se hayan implantado los bancos de conservación, sin embargo la compensación parece estar funcionando eficazmente en los ámbitos en los que ha sido implantada, es decir, tanto en el campo de la evaluación ambiental —aunque limitado al supuesto específico del cambio de uso de terrenos forestales— como en el de la responsabilidad ambiental, articulado en este caso en gran medida gracias a la implicación de la Procuraduría Federal de la Protección al Ambiente, como muestra MARÍN en su comparación entre los sistemas jurídicos mexicano y español. El elemento común de ambos sistemas es la sensibilidad por la conservación de los bosques.

Perú por su parte dispone desde 2014 de una guía aprobada por el Ministerio del Ambiente para aplicación de la compensación en la evaluación de impacto ambiental, los «Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)» (21). También Colombia cuenta con su propio manual administrativo de compensaciones ambientales, algo anterior al peruano: «Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad», de 2012 (22). Sin duda, es Colombia el país hispanoamericano en el que la compensación ambiental está más desarrollada, con la implantación de diversos bancos de conservación que cubren los varios hábitats del país, como recogen en su trabajo PIMIENTO y GUERRERO RUIZ.

1. Medidas de compensación en Argentina: la preservación de los Bosques Nativos

La historia de la protección de espacios naturales en Argentina, constitucional y legal, permite poner en contexto la Ley de Bosques Nativos

(21) Ministerio del Ambiente de Perú (2015): «Lineamientos para la compensación ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)», R. M. n.º 398-2014-MINAM, Lima, Ministerio del Ambiente (MINAM), Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural.

(22) Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Viceministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos (2012): «Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad».

26331/2007 (23), así como la Ley de Glaciares 26639/2010, por su parte, establece un régimen de protección de estas masas de hielo y sus elementos integrantes (24), como se hace en profundidad por LÓPEZ RAMÓN (2022).

BUTELER (2022) liga el principio de precaución —incorporado por el Derecho argentino— con la realización anticipada de las medidas de compensación, de tal manera que la medida compensatoria esté ya ejecutada en el momento de materializarse el daño, consiguiendo así evitar que se produzca una pérdida neta de biodiversidad, siquiera sea de forma transitoria. Precisamente, los bancos de hábitat destacan porque permiten compensar de manera preventiva los impactos que producirá el proyecto al desarrollarse, por lo que la doctrina ha señalado que deberían estar expresamente incluidos entre las medidas de compensación, éstas sí ampliamente previstas en la legislación argentina.

Entre las medidas de compensación ambiental puede destacarse la previsión de la ley 26.331 sobre la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. En este sentido, existe un Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos, cuyo objeto es compensar las posibles afecciones a los bosques nativos por los servicios ambientales que proporcionan. En particular, un 70% del fondo se utiliza para compensar a los titulares de bosques nativos, sean públicos o privados: el beneficio consiste en un aporte no reintegrable por hectárea y año de acuerdo a la categorización de bosques nativos, generando la obligación en los titulares de realizar y mantener actualizado un Plan de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos que será aprobado por el órgano administrativo competente.

En lo relativo a la protección de espacios naturales, LÓPEZ RAMÓN (2022) examina un caso muy significativo: las restricciones a las facultades de los propietarios en la Península de Magallanes al considerarla área protegida para la protección del paisaje y la biodiversidad, en aplicación de la legislación de la provincia de Santa Cruz. La Corte Suprema argentina entendió que las vinculaciones impuestas suponían una violación de los derechos de propiedad y de la libertad de comercio, imponiendo el pago de una indemnización. La Corte no considera inconstitucionales las sucesivas leyes ni a las declaraciones de reserva y parque provincial de la península, pero considera infringida la razonabilidad exigible a las normas de protección, especialmente por una situación transitoria restringiendo provisionalmente las facultades de los pro-

(23) Ley 26331/2007, de 28 de noviembre (BORA, 26/12/2007), de presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.

(24) Ley 26639/2010, de 30 de septiembre (BORA, 28/10/2010), de régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial.

pietarios, a la espera de un plan de gestión que se retrasó durante décadas. Existe, como en otros casos, una discrepancia entre las previsiones legales y la capacidad de gestión. No obstante, en el caso concreto, no parece que el régimen de protección necesario fuese compatible con otra cosa que no fuera una prohibición casi absoluta de actividades privadas, fuera de la agricultura o ganadería tradicionales, por lo que los usos turísticos que eran el objetivo de las empresas reclamantes nunca tuvieron una posibilidad de ser considerados compatibles. Sin embargo, la Corte Suprema también alude a la necesidad de equilibrar protección ambiental y derecho de propiedad. En este sentido, parece fuera de duda la posibilidad de establecer limitaciones a la propiedad o, más en general, a los derechos patrimoniales, en aras de la protección ambiental. De acuerdo con los postulados generales que se están aplicando en Derecho comparado, por el Tribunal Constitucional español o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las restricciones que mantengan una utilidad económica para los propietarios no serían, en principio, indemnizables, como resalta LÓPEZ RAMÓN.

En todo caso, podría pensarse que con carácter general tanto el Tribunal Constitucional español y como la Corte Suprema argentina se saltan un paso — aunque cada uno el suyo propio— cuando se trata de decisiones del legislador que afectan a la propiedad, lo que deriva en una cierta falta de coherencia en la argumentación. En este sentido, el test de proporcionalidad, que es propio del examen de cualquier norma que afecte a un derecho fundamental, es sencillamente obviado. El examen de la existencia de otro derecho o valor constitucional que apoye la restricción, el análisis de la efectividad de la medida, de su necesidad, no cabiendo medidas menos restrictivas igualmente eficaces y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o balance de ambos derechos, sería necesario para determinar la legitimidad de la restricción. Por otro lado, el examen de si se ha afectado al contenido esencial del derecho es una cuestión de indemnizabilidad, que vendría después: la regulación puede ser legítima pero afectar al contenido esencial, privando de utilidad económica a la propiedad, en cuyo caso deberá indemnizarse. El Tribunal Constitucional español va directamente a la afección al núcleo esencial, sin hacer un previo examen de la proporcionalidad de la afección. Otra cosa muy diferente son las indemnizaciones por restricciones que se han aplicado durante un tiempo, pero que se posteriormente se declaran ilegítimas por el tribunal competente: ahí la cuestión ya no es la afección al contenido esencial, sino de demostración y cuantificación del perjuicio sufrido, si es que se ha materializado alguno.

La Corte Suprema argentina, como el Tribunal español también se salta un paso. Ciertamente, la certeza de las concretas restricciones aplicables a un fondo —y por tanto padecidas por su propietario— es un elemento requerido, ya no en virtud del derecho de propiedad, sino del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, además de la seguridad jurídica por supuesto. Ambas

cuestiones están conectadas: es difícil cuestionar la proporcionalidad de medidas que no han sido concretadas. Pero si una prohibición general se desprende como consecuencia necesaria de las normas de declaración del espacio natural como protegido, no tiene mucho sentido exigir ese plan de manejo o plan de ordenación de los recursos naturales, como se llame en cada sitio.

Habría que plantearse si se respetaría el contenido esencial del derecho de propiedad si se habilitase la conversión de los predios privados en una zona como la Península de Magallanes u otros espacios similares en bancos de biodiversidad, cuyos propietarios pudieran vender unidades de compensación para otros proyectos, privados o públicos, sometidos a evaluación ambiental. Ello permitiría aunar protección en un entorno sensible y utilidad económica de los propietarios, incentivando una gestión privada eficiente.

2. Compensación ambiental en México: protección forestal y responsabilidad ambiental

MARÍN ENRÍQUEZ (2022) realiza un estudio a fondo del sistema mexicano, en el que no existen los bancos de conservación de la biodiversidad, pero sí se practica regularmente la compensación ambiental en ámbitos determinados. Formula también una comparación con el sistema español o, más bien, con la regulación española.

En México, en el texto original de la Ley General de Equilibrio Ecológico de 1988 (LGEEPA) no aparecía la compensación ambiental. En 1996, se incorporó a su artículo 35 la compensación como condición para la autorización de una obra tras su evaluación de impacto ambiental para evitar, atenuar o compensar los impactos ambientales. El artículo 22,ii, b) del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Ordenamiento Ecológico de 2003, señala como uno de los objetivos del Programa de ordenamiento ecológico general del territorio promover el uso de medidas de mitigación para la atenuación o compensación de los impactos ambientales negativos de proyectos o programas de la Administración Pública Federal, pudiendo ser éstas propuestas por el promotor.

En 2013, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, art. 10, introduce la obligación de los responsables de daños ambientales de repararlos o, en caso de no ser esto posible, a compensarlos. En el mismo sentido el artículo 106 de la Ley General de Vida Silvestre, que establece que los que causen un daño directo o indirecto a la vida silvestre o su hábitat se encuentra obligado a repararlo o compensarlo «sin perjuicio de las demás disposiciones aplicables...».

En la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental se contemplan dos supuestos: que los daños que se van a producir no sean completamente evitables o que se proceda a la legalización *a posteriori* de una obra que inicialmente no había

sido aprobada. Lo que no aparece expresamente previsto es que las medidas de compensación deban adherirse a la jerarquía de mitigación. Por lo demás, en el art. 17 se establece que las medidas o inversiones de compensación deberán llevarse a cabo en el mismo ecosistema o región ecológica en donde se originó el daño y, de no ser esto posible, en un «lugar alternativo, vinculado ecológica y geográficamente al sitio dañado...». El responsable puede cumplir con su obligación compensatoria por medio de la contratación de terceros.

El supuesto más habitual de compensación es la que tiene lugar por cambio del uso de suelo en el marco de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGDFS) de 2003, en la que se prevé el pago de una cantidad por el cambio de un suelo forestal y su reconversión a usos no forestales, sean agrícolas, ganaderos o constructivos. La autorización dependerá de que se mantenga la biodiversidad de los ecosistemas afectados por el cambio de uso, de las medidas de mitigación para reducir la erosión de los suelos o las afectaciones a la calidad de las aguas subterráneas. El además necesario realizar un «depósito por concepto de compensación ambiental» en el Fondo Forestal Mexicano. Los recursos recaudados por compensación ambiental son destinados a actividades de reforestación, restauración y mantenimiento de ecosistemas dañados, de preferencia en las mismas entidades federativas o cuencas hidrológicas en que se hayan autorizado los cambios de uso de suelo. La doctrina mexicana considera que esto es un mecanismo de agilización, al permitir que la compensación sea ejecutada por un tercero.

El monto de la compensación es calculado tomando como base dos criterios generales, el costo de referencia por hectárea para la reforestación, restauración y mantenimiento del terreno en una determinada zona ecológica, y el denominado «nivel de equivalencia para compensación ambiental por unidad de superficie». Los costos de referencia se establecen en el «Acuerdo mediante el cual se expiden los costos de referencia para reforestación o restauración y su mantenimiento para compensación ambiental por cambio de uso de suelo en terrenos forestales y la metodología para su estimación». A cada zona se le asigna un valor distinto dependiendo de su índice de biodiversidad, siendo la mayor la que contenga humedales o manglares y las de menor aquellas áridas o semiáridas, aunque también incorporando los costos estimados de las medidas de compensación a ejecutar. En consecuencia, se valora el terreno de origen en función de una serie de factores relativos a su estado de conservación, cubierta vegetal, biodiversidad, entre otros, y se aplican coeficientes para obtener el resultado en equivalencia, que se traduce en un coste económico a soportar por el titular de la operación de cambio de destino.

En México puede también mencionarse el Programa de Restauración y Compensación Ambiental, creado en 2003 mediante un convenio de colaboración entre la Procuraduría Federal de la Protección al Ambiente y la Comisión

Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. Su objetivo es financiar acciones de restauración en los ecosistemas degradados y trabajos orientados a la preservación natural. Los recursos económicos proceden de los acuerdos entre la Procuraduría y los particulares que han incumplido la normativa ambiental. Los recursos caen en dos categorías: los utilizados para financiar acciones específicas para la restauración de un daño ambiental determinado y, los que no vinculados a ninguna acción en particular y deberán destinarse a la restauración y compensación de impactos a recursos naturales que sean «obra de interés público relacionados con la conservación, uso sustentable, restauración y protección o para el conocimiento de la biodiversidad» (25).

3. Los bancos de hábitat en Colombia

El caso de Colombia tiene el enorme interés de comprobar la posibilidad de implantar bancos de hábitat en un país en el que la situación de la Hacienda Pública y la inmensidad de los recursos a proteger llevan a constatar la insuficiencia de los recursos financieros públicos para seguir de forma estricta la «estrategia de la mitigación», como señalan PIMIENTO y GUERRERO (2022) en este mismo número monográfico. Ello ha llevado a la doctrina colombiana a acuñar el término «Derecho ambiental financiero» para referirse a los instrumentos que deben permitir garantizar la adecuada gestión de las compensaciones e inversiones ambientales exigidas a los titulares de un proyecto productivo. En este sentido, instrumentos como los bancos de conservación cumplirían con una doble finalidad: como instrumentos económicos con los que se busca modificar el comportamiento de los operadores económicos y como instrumentos financieros con los que se allegan y canalizan recursos para la preservación o recuperación.

La valoración que proporciona la experiencia colombiana no es positiva en este campo: los resultados son escasos, en parte por la dispersión de las inversiones realizadas por las distintas empresas con cargas ambientales, pese a que esas cargas parecen resultar gravemente onerosas para gran parte de los operadores económicos. Esa insatisfacción es la que parece estar tras la introducción de los bancos de hábitat en el Derecho colombiano, cuyo antecedente directo son diversas medidas financieras con aplicación en los ámbitos forestal e hidráulico.

La definición legal en vigor en el Derecho colombiano, de acuerdo con la Resolución No. 1051 de 2017, es la de «áreas privadas o públicas que son administradas por sus altos valores de recursos naturales. En retorno a la protección, manejo y monitoreo permanente del área, el responsable del banco de hábitat podrá establecer acuerdos con terceros titulares de obliga-

(25) COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD (2019): «Programa de Restauración y Compensación Ambiental», México.

ciones ambientales para satisfacer sus requerimientos legales y compensar los impactos ambientales de proyectos de desarrollo» (26). Es un mecanismo que permite la inversión anticipada en proyectos ambientales por terceros, cuyo resultado será vendido a los titulares de proyectos productivos obligados a realizar compensaciones o a invertir al menos el 1% del coste del proyecto en mejoras hidrológicas. Es destacable que lo que se transfiere no es propiamente la inversión, sino el resultado; obtenidos éstos, se pueden transferir las unidades: cada hectárea de proyecto equivale a un cupo vendido. El resultado se ve favorecido por el hecho de que se aúnen las inversiones de diversos sujetos obligados a la compensación en un único proyecto ambiental.

El régimen colombiano se caracteriza por una serie de elementos: la adicionalidad, es decir, el carácter de «nueva contribución» ambiental; la complementariedad o adecuación a los planes aprobados; la sostenibilidad y permanencia, que deben estar garantizadas. La creación de un banco de hábitat debe ser autorizada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en función de la comunicación de una serie de datos y de la acreditación del cumplimiento de una serie de requisitos relativos a la disponibilidad (el promotor del banco no ha de ser propietario, pero sí disponer legítimamente de los terrenos) e idoneidad ecológica de los terrenos para el logro de los resultados auspiciados, además de la acreditación de la suficiencia de los recursos financieros. En todo caso, se lleva un registro a través del Sistema Nacional de Biodiversidad (SIB) Colombia como parte del Sistema de Información Ambiental de Colombia (SIAC).

En 2020, Colombia contaba ya con dos bancos: el Banco de Hábitat del Meta, el primero en implantarse en diciembre de 2016, con algo más de 600 hectáreas en el municipio de San Martín de los Llanos, en el departamento del Meta, en el centro de Colombia, con más de dos tercios de sus cupos vendidos o reservados; y el Banco de Hábitat Bosque seco tropical de Antioquia-Bredunco, también con más de 600 hectáreas, de los cuales 400 hectáreas de bosques y 170 hectáreas de pastos. Con posterioridad a 2020 se han registrado tres más. El Banco de Hábitat Bosque de Niebla-El Globo cuenta con 345 hectáreas en Támesis, en el suroeste de Antioquia. El Banco de Hábitat Bosque Seco Tropical-Cañón del Río Cauca, ubicado en el municipio de Liborina, también en el departamento de Antioquia, de 132 hectáreas. Finalmente, el Banco de Hábitat Bosque Seco Tropical del César, encaminado también a acciones de conservación y restauración en el Bosque Seco Tropical, con el que se busca preservar y recuperar 930 hectáreas en los municipios de Valledupar y Copey.

(26) Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Resolución número 1051 de 2017 (junio 5) por la cual se reglamentan los Bancos de Hábitat consagrados en el Título 9, Parte 2, Libro 2, Capítulo 3 del Decreto 1076 de 2015, y se adoptan otras disposiciones (Diario Oficial 50.270, martes, 20 de junio de 2017).

VI. PRESENTE Y FUTURO DE LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA

Como señala en su trabajo DE GUERRERO MANSO (2022a), haciéndose además eco de trabajos anteriores suyos (2016) y de otros miembros del equipo de investigación (LÓPEZ RAMÓN, 2018), los bancos de conservación de la biodiversidad en España están en una situación de *stand by*. Efectivamente, hay regulación legal, hay incluso alguna experiencia piloto, pero no se ha producido el desarrollo reglamentario que habría sido necesario para su implantación efectiva, fundamentalmente por la oposición de quienes ven en la utilización de mecanismos regulatorios o de mercado para la protección de la biodiversidad como una mercantilización indeseable de la naturaleza.

En todo caso, merece la pena examinar varias perspectivas. La ejecución de sentencias anulatorias es la primera de ellas, articulada por BERMEJO LATRE, aunque también aparezca en otros trabajos del monográfico, como en la comparación que hace MARÍN ENRÍQUEZ (2022) entre los sistemas mexicano y español de compensación ambiental. Las demoliciones de edificaciones u obras de urbanización de envergadura tienen siempre un enorme impacto ambiental, siquiera sea transitorio. Si la perspectiva no es una justicia meramente formal a cualquier precio —*fiat iustitia perit mundum*—, resulta lógico el planteamiento de alternativas que puedan resultar ambientalmente más convenientes en el corto, pero también en el medio y largo plazos.

Los terrenos forestales son un campo muy proclive a las compensaciones ambientales como muestran desde distintas perspectivas las experiencias argentina (estudiada por BUTELER, 2022) y mexicana (MARÍN ENRÍQUEZ), que ya han sido expuestas. Desde una perspectiva española, RODRÍGUEZ CHAVES (2022) adopta una perspectiva alternativa: las oportunidades que presentan los terrenos forestales para materializar en ellos compensaciones ambientales evitando la pérdida neta de biodiversidad y ayudando a mantener en estado adecuado masas forestales que son críticas para la biodiversidad, también desde la necesidad agudamente sentida de corredores ecológicos, imprescindibles desde el punto de vista de la biodiversidad. Una consideración especial merece la Red Natura 2000, objeto además de repetidos pronunciamientos de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia, que ha estudiado LÓPEZ PÉREZ (2022).

1. Ejecución de sentencias anulatorias de planes y proyectos y proporcionalidad: la aguda carencia de mecanismos efectivos de compensación.

La aplicación de medidas de compensación cuando, pese a producirse inevitables pérdidas netas inmediatas de biodiversidad, sea preciso ejecutar un proyecto en función de razones públicas de interés general de primer orden,

estará normalmente asociada a la evaluación de impacto ambiental del proyecto o a la evaluación ambiental del plan, pero no hay que descartar su utilización como mecanismo de modulación de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas condenatorias, como coincide en señalar BERMEJO LATRE. Uno de los campos relevantes de aplicación de las medidas de compensación ambiental es la responsabilidad ambiental, aunque a veces tienda a preterirse a favor de una perspectiva centrada fundamentalmente en la evaluación ambiental. En este sentido, sin llegar a una formulación expresa similar a la del Derecho francés sobre la intangibilidad de la obra pública, existe una práctica judicial en la ejecución de sentencias que no se plasma nunca en la destrucción de la obra pública (27). Lo mismo, con matices, podría aplicarse a proyectos privados de notable interés público o colectivo, cuando sea posible una composición de los intereses en presencia, salvaguardando la regla de evitar la pérdida neta de biodiversidad.

El caso de la Marina de Valdecañas, en Cáceres, habría podido ser un supuesto de uso de medidas compensatorias, aplicadas como resultado de la responsabilidad ambiental. La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura autorizó en 2007 una urbanización en una península casi rodeada por el Tajo, en el embalse de Valdecañas, pese a estar situada en un Lugar de Interés Comunitario y Zona de Especial Protección de Aves, siendo un elemento determinante la situación social de la zona, muy deprimida. Por Sentencia 195/2011 de 9 de marzo de 2011, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura anuló la autorización, pronunciamiento confirmado por el Tribunal Supremo. En ejecución de sentencias, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictaría un Auto, de 30 de junio de 2020, por el que estimaba la existencia de una imposibilidad material parcial para la ejecución, por lo que acordaba una serie de medidas para minimizar el impacto ambiental negativo de la parte de la urbanización ya ejecutada cuya subsistencia se permitía, aunque imponía una serie de medidas para minimizar el impacto. Sin embargo, esa resolución fue rectificada por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 162/2022, de 9 de febrero de 2022, en la que se ordena la demolición total al no estimarse que concurra ningún tipo de imposibilidad material (28).

La imposibilidad material parcial de la ejecución estimada por el Tribunal Superior de Justicia —y rechazada por el Tribunal Supremo— se basaba en que uno de los hoteles ya se encontraba en operación y una tercera parte de las residencias proyectadas estaban ya terminadas y habitadas, por lo que supondría un enorme costo la demolición y consiguiente indemnización. Por ello el Tribunal Superior de Justicia ordenó demoler únicamente las construcciones no terminadas y realizar acciones de restitución, como supresión de

(27) BARCELONA LLOP, 2001.

(28) Sobre el estado de la cuestión, GARCÍA-ÁLVAREZ, 2022.

taludes y reforestación. Aunque no se invocase por el Tribunal, cabe pensar que también habrán pesado los impactos ambientales de la demolición y la dificultad de una restitución completa, además del impacto económico en una zona ya anteriormente muy deprimida.

La asociación de propietarios de las viviendas, personada en el procedimiento de ejecución, propuso «que se adopten las medidas compensatorias/correctoras necesarias para evitar los impactos negativos». Ello seguramente tuvo eco en la previsión en el Auto de inejecución parcial de que la Junta de Extremadura y la comunidad de propietarios deberían formular un plan para la demolición de las obras incompletas y restauración de sus impactos y un «Programa o Plan para proteger el medioambiente y de medidas compensatorias».

En el Auto se cita un informe pericial llevado a cabo por la Estación Biológica Doñana-CSIC, en el que respecto a la cubierta vegetal de la Isla de Valdecañas señala que «está probado que, la construcción de la urbanización produjo la destrucción de parte de la cubierta vegetal existente en la isla. No obstante, el perjuicio producido puede ser compensado mediante la regeneración del bosque mediterráneo en las plataformas donde se iban a construir nuevas edificaciones...». Ciertamente, en ese informe se concluye que la alternativa más sostenible es la demolición total del complejo para después proceder a la revegetación. Otras dos alternativas consideradas eran la autorización del proyecto, que a esas alturas no era viable, o el abandono de los edificios después de desalojar a sus inquilinos, en cuyo caso el desgaste de las construcciones generaría escombros, además de ser probable la ocupación ilegal de las viviendas. Con base en este informe pericial, el Tribunal Superior de Justicia decidió considerar una vía alternativa e intermedia: mantener las edificaciones ya construidas y la «adopción de medidas suficientes y eficaces para paliar los perjuicios».

Ordenar una demolición y materializarla son dos hechos que a menudo están bastante distantes entre sí en el tiempo. Es más, son numerosos los casos en que la demolición no se llega a realizar nunca. En un caso como Valdecañas hay una Administración pública que tiene encomendada esa ejecución material, pero que tiene otras prioridades y unos particulares que pueden esgrimir incluso derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio frente a los intentos de ejecución. En el mejor de los casos, la demolición se demorará muchos años. En el peor, no se realizará o, muchísimo peor, de ejecutará solo parcialmente, generando un entorno degradado. Valdecañas es un supuesto interesante también desde otro punto de vista: siendo un lugar de interés para las aves, es una infraestructura artificial y no excesivamente antigua, por lo que parece posible su sustitución y recreación en el entorno cercano, creando hábitats alternativos para las especies amenazadas y haciendo compatible desarrollo y protección ambiental. Es decir, si a una estrategia efectiva de mitigación se une otra, complementaria, de compensación, no sólo se podría

haber evitado una pérdida neta de biodiversidad, sino incluso haber logrado una situación globalmente más favorable. Incluso la Red Natura 2000 puede ser objeto de adaptaciones: el Derecho de la Unión Europea garantiza su integridad, no su inmovilidad absoluta (29).

2. Compensación ambiental en los espacios de la Red Natura 2000

La implantación en la Unión Europea de la Red Natura 2000, la mayor red de espacios naturales existente en el mundo, ha supuesto un enorme esfuerzo —sostenido en el tiempo— tanto de identificación y catalogación de hábitats y especies, como por comportar protección que no se limita a obligaciones negativas, sino positivas de planificación y gestión; deberes de evaluación ambiental de los planes y proyectos que puedan afectar a esos espacios; y por último deberes de compensación de las afecciones que resulten inevitables. En España está protegido el 36,2% de su superficie terrestre y el 12,3% de su superficie marina, siendo el país europeo que más aporta a la Red Natura 2000, en la que está integrado un 27,4% de su superficie total. (30) Pese a ello, la situación de la conservación de la biodiversidad en Europa no parece favorable, lo que ha llevado a la aprobación de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas». Bruselas, 20 de mayo de 2020. COM (2020) 380 final, en la que se contienen toda una serie de acciones cuya finalidad sería revertir esa tendencia antes del final de la presente década.

El estatus jurídico de los terrenos objeto de protección no es homogéneo, sino que los regímenes de protección son diversos. La finalidad común es la conservación de la biodiversidad, pero para ello existen diversas figuras, desde reservas naturales —cuyo régimen es compatible con prácticamente cualquier uso o aprovechamiento humano—, hasta espacios integrados en Red Natura 2000 cuyo régimen por defecto —aplicable cuando no sean además espacio natural protegido de alguna de las categorías nacionales— supone una protección más laxa: aunque la Red Natura 2000 tenga una finalidad de protección de la biodiversidad, el régimen de gestión y de usos y actividades permitidos es más flexible. Si bien el régimen comunitario de la Red Natura 2000 no excluye cualquier tipo de actividad humana en estas zonas, tampoco impide que los Estados miembros apliquen regímenes más protectores. Parques nacionales, parques naturales, reservas naturales u otras figuras nacionales o de creación autonómica, prácticamente todos los espacios naturales protegidos

(29) GARCÍA-ÁLVAREZ, 2022.

(30) EUROPARC-ESPAÑA (2021): Anuario 2020 del estado de las áreas protegidas en España, Ed. Fundación Fernando González Bernáldez, Madrid, p. 12.

españoles están incluidos en Natura 2000. A la inversa, un 53% de la superficie integrada en la Red Natura 2000 no ha sido declarada espacio natural protegido conforme a alguna de las categorías reguladas en las legislaciones del Estado o de las comunidades autónomas.

La planificación de la gestión de la Red Natura está regulada en el art. 46 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Específicamente, en el art. 46.1, a), se establece un mandato de aprobación de: «Adecuados planes o instrumentos de gestión, específicos de los lugares o integrados en otros planes de desarrollo» en los que deben constar «al menos, los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable». Esos planes «deberán tener en especial consideración las necesidades de aquellos municipios incluidos en su totalidad o en un gran porcentaje de su territorio en estos lugares, o con limitaciones singulares específicas ligadas a la gestión del lugar». Como acertadamente recuerda LÓPEZ PÉREZ (2022), dada la extensión de la superficie afectada por la Red Natura en España, no sería entendible que la integración de un espacio en la Red conlleve de forma automática la exclusión de las actividades humanas, sino que deben fijarse parámetros de compatibilidad con la conservación de especies y hábitats, además de potenciar e impulsar las que puedan favorecer la conservación, como las actividades tradicionales que en muchos casos son las habrán hecho de ese espacio un lugar adecuado para ser incluido en la Red Natura.

En todo caso, la Directiva Hábitats concede un margen de flexibilidad: en el art. 6.4 se permite expresamente que pueda ejecutarse un plan o proyecto pese a su evaluación ambiental negativa si no existan soluciones alternativas; concurren razones imperiosas de interés público de primer orden; y se adoptan las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de la Red.

Existe una cautela adicional para los hábitats o especies «prioritarios»: hábitats prioritarios son los amenazados de desaparición en el territorio de la Unión Europea y cuya conservación suponga una responsabilidad especial y especies prioritarias son aquellas en peligro cuya conservación suponga una especial responsabilidad para la comunidad. En tales casos sólo pueden alegarse razones imperiosas de interés público de primer orden relacionadas con la salud humana y la seguridad pública o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente o, finalmente, otras razones imperiosas previa consulta a la Comisión. El artículo 6 de la Directiva Hábitats es una pieza esencial de su régimen jurídico, lo que explica que haya sido objeto de sucesivos documentos de la Comisión (31).

(31) En 2000, «Gestión de espacios Natura 2000. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE sobre hábitats».

La aplicación de la excepción del art. 6.4 pasa, como se establece en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa, asunto C-239/04, ECLI:EU:C:2006:665, párrafos 36 y 37, por la inexistencia de soluciones alternativas, incluyendo aquéllas que se sitúen fuera del lugar de la Red Natura. Para el análisis y selección de alternativas podrá tenerse en cuenta su elevado coste económico, pero ello no podrá ser determinante, según la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, asunto C-411/19, ECLI:EU:C:2020:580, párrafo 41.

Formalmente, la concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden sólo podrá declararse de forma motivada, para cada supuesto concreto y mediante una ley o por acuerdo del Consejo de Ministros —cuando se trate de planes o proyectos que deban ser aprobados o autorizados por la Administración General del Estado— o del gobierno de la comunidad autónoma (art. 46.5 de la Ley 42/2007).

Debe destacarse que pueden acogerse a esta excepción proyectos de desarrollo económico. En este sentido, un proyecto de desvío de un río para obtener aguas para regadíos y abastecimiento de agua a población, entraría en esas causas (32). También se ha considerado como tal la garantía de suministro eléctrico (33), decisión producto de la cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional de Bélgica a propósito de la apertura de una central nuclear.

En todo caso, deberán adoptarse medidas de compensación, que son adicionales y distintas a las de mitigación. En este sentido, las medidas de mitigación forman parte de las especificaciones de un plan o proyecto, es decir, son una acción más incluida en el mismo para minimizar sus efectos, mientras que las medidas de compensación son independientes de éste y buscan un restablecimiento

En 2012, «Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva sobre hábitats 92/43/CEE».

En 2018, «Gestión de espacios Natura 2000— Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats».

En 2019, «Gestión de espacios Natura 2000. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats» (2019/C 33/01).

Finalmente, en 2021, Comunicación de la Comisión «Evaluación de planes y proyectos en relación con espacios Natura 2000: orientación metodológica sobre el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats» (2021/C 437/01).

(32) Según la Sentencia de 11 de septiembre de 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias y otros contra Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion ergon y otros, cuestión prejudicial planteada por el Symvoulío tis Epikrateias o Consejo de Estado griego, asunto C-43/10, ECLI:EU:C:2012:560.

(33) Sentencia de 29 de julio de 2019, asunto C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, párrafo 159.

del equilibrio global y de la coherencia de la Red. La elección de las medidas compensatorias adecuadas debe llevarse a cabo durante el procedimiento de evaluación ambiental de planes o de evaluación de impacto ambiental del proyecto.

La compensación debe estar en relación con los objetivos de conservación del lugar afectado y con los hábitats y las especies perjudicados y ser proporcional tanto cuantitativa como cualitativamente, teniendo en cuenta la función del lugar afectado en la distribución biogeográfica (34). Sin embargo, resulta irrelevante que se ejecuten en el espacio de la Red Natura afectado o en otro lugar de la Red (35).

Por último, el resultado de las medidas compensatorias deberá haberse logrado en el momento de materializarse el daño. Sólo en casos excepcionales en los que resulte imposible otra cosa, se admitirán exenciones del carácter anticipado de la medida compensatoria, en cuyo caso deberá ejecutarse una compensación extraordinaria por las pérdidas transitorias, según la Comisión Europea (36).

3. La compensación forestal en España: normativa comunitaria europea y española.

Contra lo que pudiera parecer, la frecuencia de los incendios forestales es cada vez menor, pero los más grandes tienen consecuencias cada vez más graves: son los denominados incendios de «sexta generación», favorecidos por las olas de calor y el aumento de la masa forestal. Los incendios de sexta generación tienen una dinámica de propagación peculiar: el fuego lanza columnas de convección a la troposfera que, al enfriarse en las capas altas, se desploman sobre el suelo. Esto provoca focos secundarios, con efecto multiplicador. Esto se habría producido en varios incendios en el verano de 2021 en Navalacruz (Ávila, agosto 2021) y Sierra Bermeja (Málaga, septiembre 2021) y en junio 2022, en la Sierra de la Culebra (Zamora), un incendio que en un solo día arrasó 17 mil hectáreas.

Los terrenos forestales —los montes, en la terminología tradicional de la legislación forestal— están en crecimiento en España: nuestra superficie forestal arbolada ha aumentado más de un 30% en los últimos 25 años. Actualmente, los montes españoles ocupan el 55% del territorio, frente a un 40% de media en la UE y España es el tercer país con mayor superficie forestal de la Unión Europea, tras Suecia y Finlandia. Ello es producto de determinadas políticas

(34) COMISIÓN EUROPEA, 2012: p. 12 y 2018: p. 61.

(35) De acuerdo con la sentencia de 15 de mayo de 2014, Briels y otros (C-521/12, EU:C:2014:330), párrafo 38

(36) COMISIÓN EUROPEA (2018): p. 66 y 2019: p. 45.

públicas, destacadamente la sustitución de cultivos excedentarios por explotaciones forestales en aplicación de la Política Agrícola Común y los programas de abandono de tierras agrarias auspiciados por la Unión Europea, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ-CHAVES (2022). Sin embargo, no puede tampoco olvidarse el éxodo rural, la desertificación humana de gran parte de la España interior, por lo que es imprescindible que cualquier política forestal incorpore factores sociales. Todo ello teniendo en cuenta que la gran mayoría de los montes en España son montes particulares o privados (una media cercana al 70% de la superficie forestal nacional).

Desde esta perspectiva es positiva la concepción del monte como Infraestructura Verde, incorporada por la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de Montes, art 4: supone tratar los montes en función de las externalidades o servicios ambientales que ofrecen, consecuencia de su multifuncionalidad, lo que conecta con uno de los objetivos de la Ley 21/2015, que es la imbricación del territorio forestal como parte muy relevante del mundo rural. Para que cumpla con sus funciones, la superficie forestal debe ser gestionada adecuadamente, lo que proporcionará: empleo en el ámbito rural; función de sumidero de CO₂ de los bosques; fuentes de energía alternativas y reducción de la combustibilidad del monte a través de la biomasa forestal; y regulación de avenidas, control de procesos erosivos y contribución al mantenimiento de la calidad del agua.

De acuerdo con el Reglamento UTCUTS de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del «uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura» (37), las únicas actividades económicas que pueden fijar CO₂ como consecuencia de la propia actividad son las del sector UTCUTS, por la capacidad de los terrenos forestales de acumularlo en la biomasa leñosa y en los suelos y la elaboración de productos por la industria de la madera que lo mantiene durante décadas o siglos. La actividad forestal podría ayudar a compensar las emisiones de la actividad agrícola y ganadera o incluso compensar parte de las emisiones del resto de sectores difusos conforme al Reglamento de reparto del esfuerzo (RRE) o Reglamento ESR (Effort Sharing Regulation) de 2018 (38), artículo 7.

(37) Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030.

(38) Reglamento (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 525/2013.

El crecimiento forestal actual tiene su vertiente negativa. Los montes crecen ocupando tierras agrícolas abandonadas, lo que unido a la desaparición de las formas tradicionales de explotación del monte debido a la despoblación está creando grandes extensiones continuas de masa forestal compacta sin gestionar. Masas que llegan hasta los mismos pueblos en muchísimos casos, dado que no hay ya agricultores ni ganaderos que mantengan a raya el avance de la vegetación. Parece que en materia de extinción de incendios no hay casi margen de mejora, sólo la gestión forestal puede mejorar la situación. A pesar de la previsión legal (art. 33 Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes) la gran mayoría de los montes privados de pequeño tamaño no están ordenados. Esta ausencia de planificación supone una falta de criterios o referentes técnicos de gestión para el pequeño propietario forestal y a ello se une que la legislación forestal establece un control administrativo más intenso para las actuaciones en montes sin instrumento de planificación; el resultado es en muchos casos la ausencia total de gestión y el abandono.

Respecto al papel de sumideros de carbono, de acuerdo con el Reglamento (UE) 841/2018 se computarán a tal efecto las absorciones consecuencia de la mejora de la actividad forestal, lo que se reflejará por medio de los Niveles de Referencia Forestal o FRL (por las siglas en inglés de «Forest reference levels»). En otros términos, se excluyen aquellas absorciones que se entiendan resultado del crecimiento natural de las masas y de las prácticas de gestión del pasado, como destaca RODRÍGUEZ-CHAVES. Sin embargo, como también señala esta autora, la finalidad principal del sistema es que el sector UTCUTS no se convierta en una fuente neta de emisiones: se busca un equilibrio entre las emisiones y las absorciones en el propio sector, lo que limita la ambición de su función como sumidero. En el caso de España, dada su masa forestal en constante crecimiento, esto se queda corto. No obstante, están previstos mecanismos de flexibilidad que facilitan a los Estados miembros cumplir sus compromisos, fundamentalmente equilibrar las emisiones de una categoría de tierras con las absorciones en otras dentro del sector UTCUTS, pero también utilizar las absorciones de las tierras forestadas, tierras deforestadas, cultivos gestionados y pastos gestionados para apoyar en la mitigación de otros sectores difusos (hasta un máximo de 29,1 Mt CO₂ equivalente para todo el periodo 2021-2030). Son incluso posibles traspasos entre Estados miembros, además de contabilizar las absorciones netas del primer periodo en el segundo período de cumplimiento.

En este sentido, en el informe gubernamental «España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo» (39), en respuesta a la «emergencia climática» se propone como uno de los objetivos, el 27:

(39) Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.) (2021): España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. Madrid: Ministerio de la Presidencia.

«Aumentar las superficies forestales arboladas, con el fin de proteger la biodiversidad, mejorar la resiliencia de los ecosistemas e incrementar la capacidad de los sumideros de carbono, esencial para alcanzar la neutralidad climática en 2050. España deberá adoptar una tasa de reforestación media de 20.000 hectáreas al año durante el período 2021-2050 (en línea con los objetivos de la ELP), frente a las 15.000 hectáreas actuales».

No obstante, la monetización de estas funciones del bosque es un desiderátum, por más que sea evidente que la función mitigadora del monte supone una utilidad social (externalidad positiva) e incluso particular para los emisores de carbono a la atmósfera, pero el propietario del bosque no percibe una contraprestación, no aplicándose «quien descontamina cobra» que sería una consecuencia lógica del ya asumido «quien contamina paga», como señala RODRÍGUEZ-CHAVES, y ello pese a las previsiones del art. 65 de la Ley de Montes y el mandato contenido en la disposición final séptima de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que establece que el Gobierno deberá desarrollar ese precepto.

En esta línea se mueve la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030», de 16 de julio de 2021 (COM (2021) 572 final). Se establecen como preferencia usos de largo plazo, como la madera en la construcción en sustitución de materiales más contaminantes como el acero o el hormigón, puesto que los productos de madera almacenan carbono durante todo su ciclo de vida útil, lo que facilita una construcción «climáticamente neutra». También se contempla el aprovechamiento de la biomasa, aunque dando una clara preferencia a los productos madereros de larga duración.

El enfoque adoptado por la Nueva Estrategia Forestal Europea (2030) sobre el papel de los montes y la gestión forestal incide directamente en la nueva Política Agrícola Común (2023-2027), de acuerdo con la norma que la regula, el Reglamento (UE) 2021/2115 en el que expresamente se dispone que las intervenciones relativas a la silvicultura deben contribuir a la aplicación de la «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030». La PAC es una política agraria, no una política forestal, porque la Unión Europea no tiene competencia forestal y esta es la razón de la exclusión de los bosques del Pilar I de la PAC, aunque el Pilar II, relativo al desarrollo rural, sí incorpora instrumentos útiles para el medio ambiente que pueden abarcar los montes, aunque la tendencia es reforzar el primer pilar en perjuicio del segundo, como señala RODRÍGUEZ-CHAVES.

4. Los no natos bancos de conservación en España

Los bancos de conservación de la naturaleza tienen en España una definición legal en la que se esbozan los grandes rasgos de su régimen jurídico, definición contenida en la disposición adicional octava, 1, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental como «conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación» reconocidos por la Administración ambiental incorporando «valores naturales creados o mejorados específicamente». Sintéticamente, los «créditos de conservación» podrán utilizarse como medidas compensatorias o complementarias de las previstas en la legislación de evaluación ambiental, responsabilidad ambiental o sobre patrimonio natural y diversidad. Los bancos se crearán mediante resolución administrativa en la que se atribuirá el número de créditos. Los terrenos deberán ser destinados únicamente a usos compatibles con los «valores naturales creados o mejorados» y esa limitación del dominio constará en el Registro de la Propiedad. Los créditos estarán inscritos en un Registro público único y la transmisión se hará «en régimen de libre mercado».

La falta de desarrollo reglamentario —o la aprobación de un régimen establecido directamente en una norma de rango legal, lo que quizá sería preferible— han impedido que los bancos de conservación de la biodiversidad echen a andar en España, pese a su previsión legal desde hace pronto diez años. Con todo, existe ya una experiencia en España, como detalla DE GUERRERO MANSO al analizar los distintos proyectos piloto que se han ido poniendo en marcha.

En Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (reformada por la Ley 33/2015), artículo 15.3, se establece que la *Estrategia estatal de infraestructura verde* deberá tener en especial consideración —entre otros muchos espacios naturales enumerados de forma no exhaustiva— «los terrenos afectados por los bancos de conservación de la naturaleza». En el artículo 61.2 atribuye a los bancos de conservación la función de garantizar la no pérdida neta de biodiversidad en algunos casos en los que está exceptuada la conservación *in situ* de la biodiversidad autóctona silvestre. Podrán utilizarse cuando se genere un perjuicio relevante a distintas formas de propiedad o concurren razones imperiosas de interés público de primer orden, entre ellas las de carácter socioeconómico, y consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente. En ambos casos, exceptuando las aves.

En la actividad de un banco de conservación cabe distinguir dos etapas netamente diferenciadas. Uno es el momento inicial, de creación, recuperación o mejora de los valores ambientales que constituyen su objeto (aunque excepcionalmente la función del banco puede ser meramente la prevención o preservación del deterioro en un entorno sensible); la segunda etapa estaría

dedicada a la conservación de esos valores. Aunque la intensidad de la gestión pueda ser distinta, es claro que no bastará con crear o recuperar, sino que será necesario un seguimiento y corrección prolongados en el tiempo (MEAD, 2008:16-17), lo que constituye quizá la mayor interrogante que plantea esta forma de compensación ambiental. De acuerdo con la (parca) formulación legal española, parece que el banco sólo se reconocerá cuando el valor ambiental ya haya sido creado o recuperado (en la resolución de creación se recogen las unidades ambientales), lo que de ser así comportaría un elemento adicional de inseguridad jurídica que puede retraer las iniciativas. Es más, desde un punto de vista práctico es imprescindible establecer claramente el estado del terreno y de los ecosistemas que sustenta o puede sustentar antes del inicio de las actividades de recreación o restauración, porque ello será determinante para la contabilización de los créditos generados. No obstante, puede que esa previsión obedezca a una inspiración del sistema alemán en el que, como hemos visto, los créditos se contabilizan antes de su materialización, aunque una vez que los objetivos ambientales están plenamente logrados, se produce una suerte de retribución en especie al titular del banco, mediante el cómputo de lo que vendría a ser algo parecido a unos intereses, que se computan hasta que el crédito se transmite para cumplir con una obligación de compensación ambiental. En todo caso, éste es un aspecto esencial del régimen jurídico que deberá ser aclarado en términos inequívocos en la futura regulación.

En la medida en que exista un mercado, con oferta y demanda, los bancos de hábitat son un mecanismo que puede permitir la restauración ambiental en entornos degradados de espacios naturales, especialmente en aquellos en los que las limitaciones a la propiedad derivadas de la vecindad de un espacio protegido dificulten otras actividades económicas. Algo similar sucedería con los suelos rústicos o no urbanizables especialmente protegidos para la preservación de los valores ambientales, respecto a los que la experiencia muestra que en muchos casos su situación real de conservación es de una considerable degradación. La creación de bancos puede ser especialmente interesante cuando comporten la creación o la garantía de corredores ecológicos, que son esenciales para el mantenimiento de la biodiversidad, como es sabido. Supone además allegar fondos privados a la restauración ambiental, recursos que se añadirán a los públicos (40).

Los créditos de conservación se instrumentan como valores mobiliarios o derechos de crédito, susceptibles de una o sucesivas transacciones, que es lógico entender que deberían instrumentarse de conformidad con lo previsto en

(40) Sobre un período de diez años, se ha calculado a partir de los datos hechos públicos por el US Corps of Engineers para los wetland mitigation banks que el precio medio del crédito está en los 95 mil dólares y que el mercado anual en Estados Unidos está en los mil millones de dólares (COLEMAN, 2015).

los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, dada la naturaleza profesional de las partes implicadas en la transacción. En la experiencia norteamericana, la más desarrollada, las transacciones sobre títulos de conservación no se realizan en ningún mercado secundario, sino directamente entre particulares, lo que ha ocasionado una cierta opacidad que estaría afectando a la eficiencia del mercado, lo que ha llevado a defender su publicación regulada (41). Se trata sin duda de una experiencia que deberá ser tenida en cuenta en España.

Los bancos de conservación están incluidos en la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas, aprobada por Orden PCM/735/2021, de 9 de julio (BOE de 13 de julio de 2021), especialmente en el apartado 11.2.2, relativo a la financiación privada y público-privada. Aunque se han elaborado hasta tres borradores de reglamento (42), la aprobación del necesario desarrollo reglamentaria parece estar en vía muerta, pese a que alguno de los que se han difundido mereciera una valoración favorable de la doctrina más cualificada (43).

VI. CONCLUSIONES GENERALES: LA NECESIDAD DE MEJORES INSTRUMENTOS PARA UN DESARROLLO SOSTENIBLE

La experiencia muestra que evitación y mitigación no son suficientes como estrategia para evitar la pérdida neta de diversidad —para lograr la «no pérdida neta» en la traducción literal del inglés que se ha impuesto— cuando estamos ante daños colaterales de la ejecución de planes y proyectos, ni siquiera en los espacios de la Red Natura 2000. La compensación es una necesidad que debe estar prevista: la imprevisión acarreará pérdida de oportunidades de desarrollo y equilibrio territorial o pérdidas de biodiversidad o ambas cosas.

En los países europeos estudiados y en Estados Unidos existe una amplia variedad de medidas de compensación ambiental reguladas, comprendidas entre ellas compensaciones *in situ* y compensaciones *ex situ*, entre estas últimas destacadamente los bancos de conservación. Esta multiplicidad de mecanismos favorece la adaptación a las circunstancias de cada caso concreto y, por tanto, mayor efectividad en la preservación o la mejora de la biodiversidad. Debe destacarse que los bancos de conservación de la biodiversidad son únicamente una medida en una panoplia de ellas, pero la experiencia muestra que una vez que se han superado los iniciales problemas aplicativos y se ha afinado

(41) SPANIER, 2018.

(42) Como se recoge en DE GUERRERO MANSO, 2022, y en MARÍN ENRÍQUEZ, 2021. En particular, MARÍN ENRÍQUEZ (2021: 22-23) realiza un análisis detallado de algunas de las consideraciones más pertinentes realizadas por el FRECT en el documento citado.

(43) LÓPEZ RAMÓN (2018): 68.

su regulación son la medida que con carácter general es considerada la más efectiva. En general, las compensaciones ex situ presentan importantes ventajas, como la selección de los lugares más idóneos y el logro de la suficiente masa crítica de biodiversidad, es decir, la extensión mínima o las conexiones, a través de corredores ecológicos u otros mecanismos, con otros espacios protegidos, de manera que las poblaciones de las distintas especies puedan ser viables. Esto hace que pueda afirmarse que la tendencia dominante en la actualidad es la deslocalización de la compensación, su materialización ex situ, aunque pueda hacerse de tal manera que el hábitat y las poblaciones silvestres afectadas no sufran pérdida neta o, incluso, mejoren su situación general.

Las virtudes de los bancos respecto a otras medias de compensación son la adicionalidad respecto a las medidas de evitación o minimización del los impactos, permitiendo incluso ganancias netas en la biodiversidad; la anticipación —evitando una pérdida siquiera transitoria de diversidad—; la concentración de medidas sobre un espacio idóneo, favoreciendo el logro de una masa crítica que resulte operativa ambientalmente; la multiplicidad y flexibilidad en las funciones ambientales, pudiendo servir también para el establecimiento de puentes o reforzar los corredores ecológicos y, finalmente, el hecho de constituir un mecanismo de colaboración público-privada, permitiendo la creación de espacios naturales de financiación privada que se añadan a los que son objeto directo de la acción pública. Es decir, es un típico mecanismo regulatorio, basado en la creación de un mercado, que permite el logro de fines públicos con una gran eficiencia en la relación coste—resultado. Por otra parte, la mejora de hábitats en terrenos en situación de conservación susceptible de ello, así como su gestión para mantener un estado óptimo de conservación, puede permitir a un propietario privado cuyas posibilidades de aprovechamiento de su finca se han visto mermadas por la proximidad a un espacio natural protegido obtener utilidades económicas que faciliten la aceptación social de la protección y, en algunos casos, eviten la necesidad de indemnización con cargo a fondos públicos por las restricciones a la propiedad.

La desconfianza no está justificada. Existen modelos maduros que ofrecen alternativas diferentes a la hora de lograr introducir un modelo de éxito. Y a estos mecanismo se les puede dotar de un alcance estratégico, logrando sinergias si se aplican como medidas no sólo ambientales, sino sociales, de reequilibrio del territorio al compatibilizarlos con actividades territoriales que tienen un efecto favorable sobre la biodiversidad a la par que fijan población. Con ello se puede lograr aunar biodiversidad vegetal y animal con diversidad humana en los de modos de vida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCARAZ, Hubert (2022): «La compensación ecológica en Francia, entre el reconocimiento notable y los interrogantes recurrentes», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- BARCELONA LLOP, Javier (2001): «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (ouvrage public mal planté ne se détruit pas)», *Revista de Administración Pública* núm. 154, 2001, pp. 463-500.
- BERG, Andrew G. y OSTRY, Jonathan D. (2011): «Inequality and Unsustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?», IMF Staff Discussion Note. April 8, 2011. SDN/11/08.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2022): «La ejecución sustitutiva de sentencias contencioso-administrativas en materia ambiental», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- BOURREL, Antoine (2022): «La excepción de “especies y hábitats protegidos” para las instalaciones de producción de energía renovable en Francia», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- BUTELER, Alfonso (2022): «Medidas de compensación ambiental en Argentina», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- COLEMAN, William (2015): «Nine Steps Towards Doubling the Value of US Mitigation Markets», Ecosystem Marketplace.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014): «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva forma de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 99-100.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2022b): «Los bancos de mitigación en EE.UU.: orígenes y evolución de esta forma de compensación ambiental», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- (2022a): «Valoración de las primeras experiencias de bancos de conservación en España», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.),

- Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, en esta REVISTA, Monografía XVI, Zaragoza, pp. 85-114.
- ESTEBAN RÍOS, Javier (2022): «Gobierno corporativo y protección del medio ambiente: alternativas para la introducción de criterios medioambientales en la toma de decisiones empresarial», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- FUERTES GINÉ, Leticia (2022): «Compra pública verde de energía», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2022): «Jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo sobre la ejecución de sentencias territoriales y urbanísticas: el “caso Valdecañas”», *Observatorio de Políticas Ambientales 2022*.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro (2022): «Claves básicas para entender el presente y futuro de la economía circular en la Unión Europea», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando (2022): «Ejecución de planes y proyectos en Red Natura 2000. El artículo 6 de la Directiva de Hábitats y las medidas compensatorias», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2018): «La trayectoria española de los bancos de conservación» en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, en esta REVISTA, Monografía XIX, Zaragoza, pp. 57-73.
- (2022): «Propiedad versus biodiversidad (Perplejidades ante la doctrina argentina sobre la península de Magallanes)», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*. En esta REVISTA, Monográfico XXIII.

- MARÍN ENRÍQUEZ, Óscar Efrén (2021): «Los bancos de conservación en España y su estado actual», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 111, Sección «Artículos doctrinales», 34 pp.
- MARÍN ENRÍQUEZ, Óscar Efrén (2022): «La compensación de impactos ambientales en México y España: un esbozo comparativo sobre este tercer enfoque para el cuidado de la integridad ambiental», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*. En esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- MEAD, Deborah L. (2008): «History and Theory: The Origin and Evolution of Conservation Banking», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. Pp. 9-31.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2022): «La compensación ambiental en Derecho alemán», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*, en esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián A. y GUERRERO RUIZ, Gustavo A. (2022): «Los bancos de hábitat en Colombia. Una apuesta novedosa», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*. En esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca (2022): «Unos apuntes sobre las medidas de compensación ambiental en el ámbito forestal español», en DE GUERRERO MANSO, C. y GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (eds.), *Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el Derecho comparado. Claves para su implantación*. En esta REVISTA, Monográfico XXIII.
- SPANJER, Elan L. (2018): «Swamp money: The opportunity and uncertainty of investing in wetland mitigation banking», *Northwestern University law review* vol. 113, núm. 2, pp. 371-406.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa (2020): «La Taxonomía UE: una regla de oro de las finanzas sostenibles», *Revista de derecho del mercado de valores* núm. 27, 2020, pp. 193-241.
- VIVES, Antonio (2019): «La empresa privada y los objetivos de desarrollo sostenible: legitimidad o "greenwashing"», *Icade. Revista de la Facultad de Derecho* núm. 108, 2019. Monográfico sobre *Objetivos de desarrollo sostenible: fortalezas y debilidades para alcanzar la Agenda 2030*.

VALORACIÓN DE LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS DE BANCOS DE CONSERVACIÓN EN ESPAÑA (*)

CARMEN DE GUERRERO MANSO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: UNA NECESARIA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. II. UN NUEVO LUSTRO SIN MEJORAR EL MARCO NORMATIVO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN EN ESPAÑA: 1. Una regulación insuficiente e inacabada. 2. El fallido proyecto de reglamento.– III. LAS ESCASAS Y POCO DIFUNDIDAS EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DE BANCOS DE CONSERVACIÓN EN ESPAÑA: 1. Aspectos generales de las experiencias piloto españolas: A) El plazo de duración de las obligaciones contraídas por el promotor o titular de los bancos de conservación. B) Obligaciones establecidas para el correcto funcionamiento de los bancos de conservación. C) Valoración del estado inicial de conservación de los terrenos y generación de créditos ambientales. 2. El proyecto piloto extremeño. 3. Los dos proyectos pilotos de Castilla-La Mancha. 4. La difícil valoración de estas iniciativas.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los bancos de conservación de la biodiversidad son una herramienta utilizada en diversos países como forma de compensar los impactos negativos permanentes producidos por la ejecución de planes y proyectos. Su utilización en España ha sido anecdótica, a través de tres proyectos piloto. Esta escasa implantación puede estar causada por la ausencia de un marco normativo adecuado que aporte seguridad jurídica sobre algunos de sus elementos esenciales como el plazo de duración de las obligaciones, los requisitos exigidos a los propietarios de los bancos o la valoración del estado inicial de conservación y la generación de créditos ambientales. En este trabajo se analizan todos estos aspectos de las experiencias piloto españolas, con la intención de aportar luz sobre su funcionamiento y apuntar algunos puntos de mejora.

Palabras clave: bancos de mitigación; bancos de conservación; compensación; medio ambiente; regulación; experiencias piloto.

ABSTRACT: Mitigation banking are a tool used in various countries as a way of compensating for the permanent negative impacts produced by the implementation of plans and projects. Their use in Spain has been anecdotal, through three pilot projects. This scarce implementation may be caused by the absence of an adequate regulatory framework that provides legal certainty on some of its essential elements such as the

(*) El trabajo se incluye en el proyecto de investigación sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2022 (PGC2018-099237-B-I00).

term of the obligations, the requirements demanded of the owners of the banks or the valuation of the initial state of conservation and the generation of environmental credits. This paper analyses all these aspects of the Spanish pilot experiences, with the intention of shedding light on their functioning and pointing out some points for improvement.

Key words: mitigation banking; conservation banking; compensation; environment; regulation; pilot experiences.

I. INTRODUCCIÓN: UNA NECESARIA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El paso previo e imprescindible de cualquier investigación es determinar el objeto de la misma. Este aspecto resulta esencial al tratarse de los bancos de conservación, ya que la denominación de esta herramienta de protección ambiental varía en función de dos elementos esenciales: los países en los que se ha implantado y los objetivos específicos de protección. Conforme a ello, las formas habitualmente más utilizadas para referirse a ellos son Bancos de Hábitat, Bancos de Mitigación, BioBancos, Bancos de biodiversidad, Bancos de conservación o Bancos de conservación de la biodiversidad, denominación que adoptó el legislador español en la DA 8ª de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (en adelante, LEA) (1). En el primer apartado de esta disposición se define esta herramienta:

«Los bancos de conservación de la naturaleza son un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente».

Como puede apreciarse, tal definición resulta extremadamente escueta e indeterminada. De hecho, llama la atención que se reduce a mencionar de forma expresa al Ministerio competente para otorgar los «títulos ambientales o créditos de conservación» junto a la posibilidad de que también las comunidades autónomas otorguen dichos títulos o créditos con equivalencia a «valores naturales» creados o mejorados, pero no se da ninguna información sobre las formas de calcular las equivalencias, la determinación de los títulos o créditos ambientales ni la forma en la que dichos títulos o créditos van a operar en

(1) Es importante, asimismo, diferenciar los bancos de conservación de la naturaleza, herramienta de compensación ambiental, de los Bancos de Datos de la Naturaleza (BDN). Los BDN son un servicio actualmente vinculado al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico compuesto por la recopilación de información alfanumérica, cartográfica, documental y multimedia disponible sobre los distintos componentes del Inventario Español del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad que contiene catálogos de información pública, cartografía temática, bases de datos, metadatos o mapas. Puede verse la información de los BDN en <https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/servicios/banco-datos-naturaleza/default.aspx>.

el mercado. Sin embargo, por el momento nos será suficiente para centrar el objeto de estudio del presente trabajo.

II. UN NUEVO LUSTRO SIN MEJORAR EL MARCO NORMATIVO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN EN ESPAÑA

En 2016 tuvimos ocasión de pronunciarnos de forma detallada sobre la escueta definición de los bancos de conservación y el escaso e indeterminado marco normativo español, por lo que me remito a la valoración realizada entonces y expondremos aquí exclusivamente los aspectos más relevantes de esa regulación (2). No obstante, considero esencial destacar que, pese a haber transcurrido más de un lustro desde dicha publicación y a que esta «polémica regulación legal», según los términos utilizados por LÓPEZ RAMÓN (2018: 61), ha sido criticada de forma reiterada por la doctrina, el marco normativo de esta figura de protección sigue siendo extremadamente limitado.

1. Una regulación insuficiente e inacabada

La actual regulación de los bancos de conservación en nuestro ordenamiento jurídico se reduce, en primer lugar, a las referencias incluidas en el Plan Estratégico del Patrimonio Natural 2011-2017 (3). En dicho plan no se regula esta herramienta, sino que se limita a destacar los posibles beneficios de su implantación y a promover el estudio y desarrollo de esta herramienta, entendida como una vía innovadora y flexible para evitar la pérdida neta de biodiversidad y uno de los medios que permiten asegurar la adecuada financiación de la política de conservación de la biodiversidad.

No obstante, resulta relevante que pese a la «promoción» de los bancos de conservación efectuada en este Plan, posteriormente el Plan estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad a 2030 (Borrador versión 19 de abril de 2022) no contiene ninguna referencia a los bancos de conservación (4).

Sí se mencionan los bancos de conservación, en más de 20 ocasiones, en la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restaura-

(2) Especialmente se aborda esta cuestión en DE GUERRERO MANSO (2016: 91-95). Véase también sobre el actual marco normativo español de los bancos de conservación la interesante y contextualizada valoración de LÓPEZ RAMÓN (2018: 61-64).

(3) Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

(4) Este documento está disponible en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (miteco.gob.es/es/biodiversidad).

ción Ecológicas (5). Las referencias a esta herramienta de protección del medio ambiente se llevan a cabo, fundamentalmente, para potenciar su utilización como forma de compensación ambiental y forma de conseguir la restauración ecológica. Resulta especialmente relevante su tratamiento en el apartado 11.2.2, relativo a la financiación privada y público-privada, página 212.

Junto a estas referencias es preciso destacar la disposición adicional 8ª de la LEA (6), a la que ya hemos aludido, puesto que hasta el momento, y pese a sus grandes lagunas, es la regulación más detallada que existe en nuestro ordenamiento jurídico del régimen de los bancos de conservación. En

(5) Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, publicada en el BOE de 13 de julio de 2021.

(6) Disposición adicional octava. Bancos de conservación de la naturaleza.

«1. Los bancos de conservación de la naturaleza son un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente.

2. Los bancos de conservación de la naturaleza se crearán por resolución del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y, en su caso, de las comunidades autónomas. En dicha resolución se describirán las actuaciones, identificando las fincas en las que se realiza, con indicación de su referencia catastral y, en su caso, del número de finca registral; asimismo constará la atribución del número de créditos que la dirección general del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente competente en materia de medio natural otorgue, o el órgano que al efecto determine la correspondiente comunidad autónoma, a los titulares de los terrenos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan en la resolución por la que se crea cada banco de conservación.

3. Los titulares de los terrenos afectados por los bancos deberán conservar los valores naturales creados o mejorados, debiendo estos terrenos solo destinarse a usos que sean compatibles con los citados valores naturales, de acuerdo con lo que disponga la resolución de creación de cada banco de conservación de la naturaleza.

Esta limitación del dominio se hará constar en el Registro de la Propiedad en la inscripción de la finca o fincas en las que se haya realizado la mejora o creación de activos naturales. A tal efecto, será título suficiente para practicar esta inscripción el certificado administrativo de que la actuación de creación o mejora del activo natural está registrada en el correspondiente banco de conservación de la naturaleza.

4. Los créditos de conservación podrán constituir las medidas compensatorias o complementarias previstas en la legislación de evaluación ambiental, responsabilidad medio ambiental o sobre patrimonio natural y biodiversidad, con el objetivo de que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente.

5. Los créditos otorgados para cada banco se podrán transmitir en régimen de libre mercado y serán propuestos por cada Administración otorgante, para su inscripción en un Registro público compartido y único en todo el territorio nacional, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

6. Las infracciones de la normativa reguladora de los bancos de conservación de la naturaleza serán sancionadas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora del Patrimonio Natural y Biodiversidad.

7. El régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza se desarrollarán reglamentariamente».

este sentido, CONDE ANTEQUERA (2014: 979) afirmaba que la referencia a los bancos de conservación de la naturaleza y a su papel en la posible compensación de los efectos adversos derivados de la implantación y desarrollo de determinados proyectos o actividades como forma de justificar una evaluación ambiental positiva, era la cuestión que más interés iba a despertar de la LEA.

El problema fundamental de esta disposición es, como hemos apuntado, la gran cantidad de cuestiones que deja sin regular, lo cual genera una incertidumbre jurídica agravada por la remisión a desarrollo reglamentario de aspectos tan relevantes como el régimen general de los bancos de conservación, su organización, su funcionamiento o los criterios técnicos que regirán en su implantación y mantenimiento.

En dicha DA se contiene la definición mencionada *supra* sobre los bancos de conservación, el carácter de resolución del instrumento jurídico de creación de los bancos y los elementos e información que deben concurrir en ella, la imposición a los titulares de los terrenos afectados por los bancos de conservación de la obligación de conservar los valores naturales creados o mejorados, así como de establecer en esos terrenos usos que sean compatibles con dichos valores naturales, además de la necesidad de que conste en el Registro de la Propiedad esta limitación, la posibilidad de que los bancos de conservación puedan constituir medidas compensatorias o complementarias «con el objetivo de que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente» (7), el registro único de los créditos ambientales y la posibilidad de transmitirlos en régimen de libre mercado, una referencia genérica a que las infracciones en este ámbito se sancionarán conforme a lo dispuesto en la normativa del Patrimonio Natural y la Biodiversidad y la remisión a la necesidad de desarrollo reglamentario.

Por último quedan por mencionar dos artículos de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (en adelante, LPNB), conforme a la reforma operada por la Ley 33/2015. Según el artículo 15.3 LPNB, la Estrategia estatal de infraestructura verde deberá tener en especial consideración, entre otros muchos espacios naturales mencionados a título de ejemplo en dicho precepto, «los terrenos afectados por los bancos de conservación de la naturaleza». De esta manera, los bancos de conservación serán uno más entre los múltiples a los que debe atender la Estrategia estatal de infraestructura verde.

(7) Entre las múltiples críticas que pueden hacerse a esta regulación, cabe resaltar, con GARCÍA URETA (2015: 322-325) la mala redacción de esta disposición que, entre otros aspectos, podría ser contraria a la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

Por su parte, el artículo 61.2 LPNB asigna a los bancos de conservación la función de garantizar la no pérdida neta de biodiversidad en algunos casos en los que está exceptuada la conservación *in situ* de la biodiversidad autóctona silvestre. Esta vía podrá utilizarse en los casos en que se genere un perjuicio relevante a distintas formas de propiedad o en los supuestos en que concurren razones imperiosas de interés público de primer orden, entre las que se incluyen las de carácter socioeconómico y las consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente. No obstante, en ambos casos exceptuando las aves.

2. El fallido proyecto de reglamento

Como puede verse de la breve síntesis aportada, la regulación española de los bancos de conservación sigue siendo escueta e insuficiente, aspecto que resulta aún más llamativo por su claro contraste con la necesidad de un desarrollo reglamentario sobre «el régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos» de este instrumento de protección, dispuesta en la DA 8ª, apartado 7 de la LEA y con las críticas que manifestaron la mayoría de los Grupos Parlamentarios en el debate de aprobación de la LEA, ya que se consideraba que la falta de desarrollo normativo de este nuevo instrumento generaba una gran inseguridad jurídica.

En consecuencia, tal y como expone con rotundidad LÓPEZ RAMÓN (2018:68), puede afirmarse que el desarrollo reglamentario de los bancos de conservación ha fracasado. Considero que una parte importante de este fracaso radica en el hecho de que no se ha hecho público ningún borrador del posible reglamento, pese a existir una tercera versión del mismo (8) presentado en el Grupo de Trabajo 6, «Bancos de hábitat y custodia del territorio» del Congreso Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) 2014, a cuyo contenido se puede acceder, de forma indirecta, mediante un documento elaborado por el Foro de Redes y Entidades de Custodia del Territorio (9).

A esta tercera versión del reglamento tuvo acceso el mencionado profesor, quien da las líneas generales de su contenido y manifiesta que se trataba de

(8) Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza.

(9) Es posible acceder de forma indirecta al contenido de este tercer borrador a través del documento «Consideraciones del Foro de Redes y Entidades de Custodia del Territorio (FRECT) al tercer borrador del reglamento por el que se regula el régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza», de 14 de marzo de 2015, publicado en la página web de la Plataforma de Custodia del Territorio (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico-Fundación Biodiversidad, <https://custodia-territorio.es>). MARÍN ENRÍQUEZ (2021:22-23) realiza un análisis detallado de algunas de las consideraciones más pertinentes realizadas por el FRECT en el documento citado.

un reglamento «bien redactado y estructurado» el cual diseñaba de forma pormenorizada el régimen de los bancos de conservación. Tal y como expone el mencionado autor, el reglamento «se inspiraba en los criterios de participación de la iniciativa privada, jerarquía de mitigación, adicionalidad, no pérdida neta de biodiversidad e incremento del estado de conservación de los hábitats y las especies».

De la valoración del borrador de reglamento realizada por el profesor LÓPEZ RAMÓN se puede extraer la conclusión de que se trataba de un buen texto, sobre todo si se tiene en cuenta la deficiente regulación que los bancos de conservación tienen en nuestro país. Asimismo, en las conclusiones del Grupo de trabajo 6 del CONAMA se ponen de manifiesto muchas de las virtudes y beneficios de esta forma de protección del medio ambiente, junto a retos y riesgos de la implantación de los bancos de conservación.

No obstante, parece que han sido, precisamente, las asociaciones ecologistas las que han apostado por la no aprobación de esta norma. El motivo de esta falta de apoyo no se debe al rechazo frontal a los bancos de conservación, sino a las dudas que estas asociaciones pusieron de manifiesto sobre la implantación, funcionamiento y los posibles problemas derivados de la ejecución de esta forma de compensación ambiental (10). Estas dudas orbitan en torno a la eficacia de estos instrumentos para conservar la biodiversidad, sobre la posibilidad de que terminen convirtiéndose en un incentivo para que las empresas paguen para producir un impacto significativo al medio ambiente en vez de intentar evitarlo o minimizarlo, conforme al principio de jerarquía en la mitigación de impactos ambientales, y sobre la complicada forma de determinar la «adicionalidad» que requieren los bancos de conservación para lograr la no pérdida neta de biodiversidad (11).

III. LAS ESCASAS Y POCO DIFUNDIDAS EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DE BANCOS DE CONSERVACIÓN EN ESPAÑA

Podría deducirse que la ausencia de regulación detallada de los bancos de conservación en España guarda cierta relación con la escasa existencia de experiencias prácticas de implantación de esta herramienta en nuestro país, de lo que se deriva una menor presión o interés en su desarrollo normativo. Es decir, que nos encontramos inmersos en lo que puede ser un círculo vicioso: no se implantan porque no están regulados y no se regulan porque no existe un

(10) A este recelo de las asociaciones ambientales se hace alusión en LÓPEZ RAMÓN (2018: 69), MARÍN ENRÍQUEZ (2021:24) y el documento «Bancos de conservación de la naturaleza, situación actual y avances».

(11) Al respecto puede verse «WWF alerta de los riesgos de los bancos de hábitat para el medio ambiente», publicado en la página web de WWF el 28 de noviembre de 2014.

interés claro en implantarlos. Círculo vicioso en el que, como hemos apuntado, tienen cierto protagonismo las asociaciones ecologistas.

Esta falta de aplicación práctica contrasta con la propuesta del Foro de Redes y Entidades de Custodia del Territorio, que ya en el año 2015 había fijado la necesidad de plantear proyectos piloto demostrativos en España como forma de conocer y definir el modelo y de regular adecuadamente esta herramienta de protección ambiental. En dicho foro se detallaron ocho cuestiones clave para analizar con las primeras experiencias piloto. Estas eran 1) la necesaria equivalencia de los impactos ambientales producidos por el proyecto y las ganancias obtenidas a través de la compensación; 2) la ubicación del lugar donde se va a llevar a cabo la compensación en relación con aquél que sufre directamente el impacto ambiental; 3) el requisito de "adicionalidad", es decir, que se produzca de forma efectiva una nueva contribución a la conservación, la cual puede ser de nueva creación u objeto de una mejora ambiental, así como los tipos aceptables de compensaciones ambientales; 4) el tiempo que media entre los impactos producidos por el proyecto y los beneficios ambientales obtenidos de la compensación; 5) el tiempo que debe permanecer la compensación ambiental producida en el banco de conservación y su cumplimiento; y 6) la forma de determinar cómo compensar los daños ambientales, especialmente cuando no sea posible una compensación *in natura* conforme al criterio de recurso-recurso o servicio-servicio, 7) asegurar que la compensación de los impactos ambientales se lleva a cabo cumpliendo la jerarquía de mitigación; 8) e identificar las mejores formas de lograr la compensación ambiental (12).

Como decimos, pese a la relevancia que desde muchos aspectos distintos podía tener la implementación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España, las experiencias prácticas llevadas a cabo en nuestro país han sido muy escasas (13).

(12) «Consideraciones del Foro de Redes y Entidades de Custodia del Territorio (FRECT) al tercer borrador del reglamento por el que se regula el régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza», página 5.

(13) Existe poca información sobre los proyectos piloto llevados a cabo en España. En este trabajo seguimos lo expuesto sobre los proyectos piloto en tres fuentes esenciales. Por un lado, el artículo «Bancos de conservación de la Naturaleza, situación actual y avances», publicado en la web de la Plataforma de Custodia del Territorio, el 3 de noviembre de 2017, en el cual se menciona una experiencia extremeña y otras dos llevadas a cabo en dos fincas distintas de Castilla-La Mancha: «El Allozar» y «La Garganta». Por otro lado, el análisis realizado por MARÍN ENRÍQUEZ (2021: 24-27) quien analiza dos de los tres proyectos mencionados: el de Extremadura y uno de los de Castilla-La Mancha. En tercer lugar, el documento realizado por APROCA Castilla-La Mancha, «Bancos de Conservación de la Naturaleza. Guía Práctica para su Creación, Cuantificación y Mantenimiento», en el que se da información detallada del proyecto piloto de banco de conservación llevado a cabo en «La Garganta».

MARÍN ENRÍQUEZ (2021: 27-29) apunta también dos tímidas propuestas normativas de implantación de los bancos de conservación en Murcia y Cataluña. En Murcia se ha redactado

1. Aspectos generales de las experiencias piloto españolas

De la información encontrada se concluye que hasta el momento se trata de tres iniciativas: una en Extremadura y dos en Castilla-La Mancha. Todas ellas han partido del análisis del estado inicial de conservación de los terrenos respectivos y de la elaboración de planes de acción en ellos para mejorar sus características y su estado de conservación.

A) El plazo de duración de las obligaciones contraídas por el promotor o titular de los bancos de conservación

Un dato de especial relevancia es el plazo fijado para estas experiencias, ya que consideramos que se trata de uno de los aspectos más problemáticos para la implantación de esta herramienta de protección del medio ambiente (14). Con carácter general, la propia naturaleza de los bancos de conservación exige el establecimiento de obligaciones a perpetuidad o, al menos, vinculados a la eficaz compensación de los impactos negativos generados por los proyectos ya que solo de esa manera se logrará el objetivo de evitar una pérdida neta de biodiversidad.

Como se ha apuntado *supra*, la escasa regulación de los bancos de conservación en el Derecho español resulta absolutamente insuficiente para establecer un marco jurídico que otorgue seguridad jurídica a los promotores de esta herramienta de compensación ambiental y a las empresas que pretendan recurrir a ella. Así, exclusivamente se establece en el apartado 3 de la DA 8ª de la LEA que los titulares de los terrenos afectados por los bancos «deberán conservar los valores naturales creados o mejorados, debiendo estos terrenos solo destinarse a usos que sean compatibles con los citados valores naturales, de acuerdo con lo que disponga la resolución de creación de cada banco de conservación de la naturaleza». Es decir, no se establece ninguna limitación temporal vinculada a la creación de los bancos de conservación.

un anteproyecto de ley titulado «Ley de Conservación de la Naturaleza y la Biodiversidad» el cual contempla la creación de un Banco de Biodiversidad; mientras que en Cataluña se realizó en 2014 un «Estudio de Base para la Implementación de un Sistema de Bancos de Conservación de la Naturaleza en Cataluña», otro «Estudio de Concreción: criterios técnicos y metodología de cálculo de créditos» en 2015, y su Estrategia del Patrimonio Natural y la Biodiversidad de Cataluña 2030 (publicada en 2018) establece que «es necesario contar con instrumentos de compensación de los impactos residuales, como por ejemplo los bancos de conservación, en los cuales debe primar el criterio de que la biodiversidad compensada sea equivalente a la pérdida» y que «se estudiará implementar un sistema de bancos de conservación de la naturaleza, o algún instrumento similar, para facilitar y garantizar las compensaciones relacionadas con los procedimientos de evaluación ambiental y, asimismo, promover las oportunidades de conservación de hábitats y especies en distintos lugares del territorio».

(14) Véase sobre este aspecto DE GUERRERO MANSO (2016: 110-111).

La única exigencia es que la limitación del dominio aplicada en favor de la compensación ambiental se haga constar en el Registro de la Propiedad en la inscripción de la finca o fincas en las que se haya realizado la mejora o creación de activos naturales.

En consecuencia, resulta de gran interés conocer cómo se ha establecido el aspecto temporal en estas primeras experiencias. En estos casos no se han establecido obligaciones a perpetuidad, que serían difícilmente encuadrables en nuestro actual sistema jurídico, si bien es cierto que podrían configurarse como servidumbres de conservación. En estas primeras experiencias españolas, al tratarse de proyectos piloto, el plazo de duración fijado ha sido de 20 años.

Resulta complicado determinar si 20 años es un plazo suficiente o no, ya que, tal y como se expone en la orientación metodológica sobre el artículo 6, apartados 3 y 4 de la Directiva sobre los hábitats (15), el calendario de ejecución de las medidas compensatorias exige un planteamiento adaptado a cada caso concreto. Tomamos como referencia dicha Comunicación de la Comisión ya que, pese a no referirse de manera expresa a los bancos de conservación, consideramos que esta herramienta puede ser útil en los supuestos en que pese a las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones de un plan o proyecto sobre un lugar y a la falta de soluciones alternativas, dicho plan o proyecto deba realizarse por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica. En la mencionada Comunicación se pone de manifiesto que el tiempo necesario para mejorar, restablecer o restaurar la funcionalidad ecológica perdida dependerá de la biología y la ecología de los hábitats y las especies, y se pone como ejemplo los retrasos generados a la hora de restablecer comunidades de pastizales en el cuadro que reproducimos:

Recuadro 21: Tiempo necesario para restablecer comunidades de pastizales

En 22 estudios de 7 países europeos se recoge información sobre el tiempo que ha llevado restablecer comunidades de pastizales. Entre ellos se incluyen 16 ensayos repetidos, 9 de los cuales fueron además controlados y 3 fueron revisiones. En 6 estudios se observaron indicios positivos de un restablecimiento en menos de 5 años, en 11 estudios, en un plazo de 10 años y 2 estudios concluyeron que el restablecimiento llevaría más de 10 años. 6 estudios constataron cambios reducidos o lentos en comunidades vegetales tras el restablecimiento.

Fuente: Restoration Evidence. Acción: Restablecer/crear pastizales seminaturales con riqueza de especies <http://www.restorationevidence.org>.

(15) Comunicación de la Comisión: Evaluación de planes y proyectos en relación con espacios Natura 2000: orientación metodológica sobre el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats (2021/C 437/01), página 59.

Esta información muestra una gran diversidad de plazos. En algunos casos fue suficiente un margen de 5 años, en otros —la mayoría— se necesitó el doble de tiempo y en dos supuestos se concluyó que necesitaban un tiempo superior. En consecuencia, consideramos imprescindible realizar, con carácter previo a la constitución del banco de conservación de que se trate, un análisis completo de la biología y la ecología presentes en cada terreno, de manera que se pueda determinar un margen aproximado de tiempo necesario para desarrollar los valores ambientales proyectados.

Sería también conveniente que no se establezca exclusivamente un plazo global, sino que se desarrolle un cronograma de las actuaciones a llevar a cabo para lograr el resultado final, que permita detectar lo antes posible si se están cumpliendo los objetivos y las desviaciones del plan inicial y tomar medidas adecuadas para lograr la creación de los valores ambientales. Esto además se podría compaginar con la obligación de realizar un informe anual sobre el banco de conservación, de manera que todos los años quede constancia de las acciones realizadas y los resultados de las mismas.

Junto a ello, sería necesario configurar un plan de contingencias para el caso de que surjan situaciones o circunstancias imprevistas que dificulten o impidan el correcto cumplimiento de la planificación inicial.

Como veremos posteriormente, la primera experiencia piloto de bancos de conservación en España es del año 2014. Así, han pasado ocho años desde su establecimiento, de manera que si se hubiera llevado a cabo un correcto seguimiento anual del mismo podría determinarse con datos objetivos si se han logrado los objetivos establecidos para el mismo o si, por el contrario, estas herramientas de compensación de los impactos ambientales negativos y persistentes no son útiles. En el desarrollo de este trabajo no hemos encontrado información sobre estos informes, por lo que desconocemos si se han llevado a cabo y, en su caso, su contenido.

B) Obligaciones establecidas para el correcto funcionamiento de los bancos de conservación

Otro de los elementos comunes que comparten las experiencias piloto españolas es el estudio de la viabilidad de una serie de obligaciones, recogidas en el artículo de la Plataforma de Custodia del Territorio previamente mencionado.

La primera de estas obligaciones afecta directamente a los propietarios de los terrenos. Se trata de la conservación de los valores naturales creados o mejorados. Sin embargo, esta obligación expresada de forma tan genérica no parece de demasiada utilidad, ya que no hace referencia a ningún plazo de duración de esta obligación ni a la forma de comprobar su cumplimiento, entre otros aspectos relevantes, e incluso se olvida de mencionar los valores que se hayan restaurado o conservado.

La segunda de las obligaciones también se aplica a los propietarios de las fincas en las que se implanten los bancos de conservación. Se trata de una limitación del ejercicio del derecho de propiedad: únicamente podrán realizar los usos del suelo que sean compatibles con los valores naturales objeto de cada banco de conservación. En este caso, sería de gran utilidad que junto a la obligación se apuntara una relación de posibles usos compatibles, a modo de ejemplo, y de formas de utilización del terreno que sean claramente incompatibles con la generación y mantenimiento de los valores ambientales.

La tercera obligación no afecta de forma directa a la generación de los valores ambientales, pero se trata de una cautela de gran importancia para garantizar el mantenimiento en el tiempo de los bancos de conservación. Así, se exige que la limitación del dominio que, como hemos visto, se aplica a estos terrenos y constará en el certificado administrativo de creación o mejora de ese activo natural, se inscriba en el Registro de la Propiedad. De esta forma se garantizará que los terceros adquirentes de estos terrenos no puedan alegar desconocimiento de las cargas que pesan sobre ellos y, de esa manera, sigan obligados a mantener las funciones ambientales del terreno en cuestión.

La cuarta obligación exige la acreditación con carácter anual del cumplimiento de las obligaciones de conservación. Para poder cumplir con esta obligación será necesaria la realización de informes debidamente documentados por una entidad acreditada e independiente. En los primeros proyectos pilotos desarrollados en España se proponía que los informes fueran realizados por la Universidad de Extremadura pero, al mismo tiempo, se proponía que esta función la desarrollaran las entidades de custodia del territorio que cuenten con la capacitación necesaria para ello (16). Como ya hemos dicho a lo largo de este trabajo, la realización de estos informes anuales puede ser clave para la correcta ejecución de los bancos de conservación y para lograr el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad. Uno de los elementos esenciales para garantizar la utilidad de estos informes será la elección de la persona o entidad que los realice, la cual deberá tener formación y capacidad adecuada. En el artículo analizado se afirma que sería una elección del propietario de cada banco de conservación, pero insistimos en que dicha elección debería estar fundada en los conocimientos y la experiencia de la persona o entidad que lleve a cabo el informe y, además, consideramos que sería positivo garantizar su objetividad, de manera que no se falsee la realidad.

(16) Coincidimos en la opinión de GONZÁLEZ ALCALDE y ÁLVAREZ GARCÍA (2012:5), quienes afirman que las entidades de custodia están plenamente acreditadas para establecer las garantías que requiere la puesta en práctica de los bancos de conservación y, por lo tanto, los informes de seguimiento de los mismos, ya que «poseen un gran conocimiento del terreno que pisan, experiencia y buenos resultados en la gestión del territorio, han desarrollado potentes acuerdos jurídicos que legitiman los conciertos de los propietarios y, sobre todo, tienen legitimidad social. Legitimidad que aporta la veracidad y garantía que el modelo requiere».

La quinta obligación exige el cumplimiento de los principios de conservación y mantenimiento de adicionalidad creada por los bancos de conservación mediante contrato privado con adjudicatario de obra, que garantice la inclusión de los costes derivados de las operaciones correspondientes, como garantía a largo plazo de la conservación de los valores naturales objeto cada banco de conservación.

La sexta y última obligación es la garantía de ejecución de cada banco de conservación, conforme a lo establecido en cada uno de los planes de acción propuestos. Para ello se propone la contratación de un seguro agrario que asegure la finalización del plan de acción de acuerdo con el valor de la obra y, al mismo tiempo, asuma los riesgos ambientales por desastres naturales previstos en sus cláusulas.

Como puede verse, en cierta medida las obligaciones quinta y sexta están relacionadas y versan sobre un requisito esencial para el mantenimiento de los bancos de conservación, ya que sin financiación adecuada no es posible conseguir los valores ambientales pretendidos ni mantenerlos en el tiempo (17). Por si quedara alguna duda sobre la necesidad de financiación, conviene recordar una realidad reconocida en el ámbito de la biología: si se pretende lograr la conservación de las funciones de un terreno es preciso intervenir en él, ya que no es suficiente con dejar que evolucione por sí mismo, MEAD (2008:16-17).

Nuestra valoración sobre esta propuesta de obligaciones en relación a la configuración y el mantenimiento de los bancos de conservación en España es positiva, con los matices que se han puesto de manifiesto. Todas ellas imponen unas cautelas adecuadas para el correcto desarrollo de los bancos de conservación, de manera que logren su finalidad. Entre ellas podrían destacarse las que imponen limitaciones a los usos que pueden desarrollarse en esos terrenos, su inscripción registral y los informes anuales sobre el cumplimiento de las obligaciones de conservación, así como la realización de informes anuales sobre su implantación y desarrollo. No obstante, es preciso apuntar la necesidad de articular, junto a dichas obligaciones, un sistema orientado a lograr su ejercicio y, en caso de ser necesario, sancionar su incumplimiento. En caso contrario se corre el riesgo de que no sean eficaces y se reduzcan a una serie de proclamas carentes de utilidad práctica.

(17) TERESA (2008: 154) realiza un completo análisis de las necesidades de financiación de los bancos de conservación en Estados Unidos y aporta claves igualmente aplicables en España, como la necesidad de documentar de forma adecuada las tareas asociadas a la gestión a largo plazo del banco y cuantificar sus costes; reservar una dotación suficiente para pagar esos costes, teniendo en cuenta los efectos de la inflación; integrar los documentos, hacer un seguimiento de las ventas a crédito a través de un fideicomiso y proporcionar a los organismos públicos los medios para hacerlos cumplir rápidamente; y hacer un seguimiento del éxito general de la compensación de la pérdida de especies y hábitats.

C) Valoración del estado inicial de conservación de los terrenos y generación de créditos ambientales

El tercer elemento esencial es la forma de valorar los bancos de conservación, que implica tanto la valoración de su estado de conservación inicial como la conversión de esos valores ambientales a créditos disponibles en el mercado. En los proyectos pilotos españoles se ha utilizado el documento «Bases Ecológicas Preliminares para la Conservación de los Tipos de Hábitat de Interés Comunitario en España», que fue editado en 2009 por el Ministerio de Medio Ambiente (18). En aplicación de dicho documento se determinará el estado de conservación de la finca, que puede ser favorable, desfavorable-inadecuado, desfavorable-malo o desconocido. En este proceso de valoración intervendrán tanto un Comité científico como las entidades de supervisión.

Junto a estas bases ecológicas preliminares, en estas experiencias piloto se recurrió a la Guía para la Elaboración de la Documentación Ambiental elaborada por el Ministerio de Medio Ambiente, que sirve para determinar el impacto ambiental de los proyectos.

Posteriormente se podrán calcular los créditos de conservación con base en las actuaciones realizadas por el promotor del banco de conservación de acuerdo al Plan de Gestión para generar nuevos valores ambientales, plasmados en la mejora del estado de conservación del territorio en cuestión.

Sin embargo, seguimos sin tener claro cómo se realiza la conversión de los valores ambientales en créditos. Así, por ejemplo, en una de las experiencias de Castilla-La Mancha se recoge una tabla con el resumen siguiente de asignación de créditos (19):

(18) Este documento está disponible en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/rn_tip_hab_esp_bases_eco_preliminares.aspx Este documento se compone de una introducción, un apartado de metodología, otro explicando el modelo descriptivo de ficha general y una relación de nueve fichas correspondientes a diversos tipos de hábitat dotadas de la información necesaria para plantear cómo identificar las variables críticas que permitan evaluar el estado de conservación de la finca. Los tipos de hábitat son: 1) Tipos de hábitat costeros y halófitos, 2) Dunas marítimas y continentales, 3) Tipos de hábitat de agua dulce, 4) Brezales y matorrales de la zona templada, 5) Matorrales esclerófilos, halonitrófilos y estepas continentales halófilas y gipsófilas, 6) Formaciones herbosas naturales y seminaturales, 7) Turberas, turberas bajas y áreas pantanosas, 8) Tipos de hábitat rocosos y cuevas y 9) Bosques. Además, resulta muy representativo de la metodología seguida el apartado que contiene el índice alfabético de autores, cuya extensión es muy amplia: 60 páginas.

(19) APROCA Castilla-La Mancha, «Bancos de Conservación de la Naturaleza. Guía Práctica para su Creación, Cuantificación y Mantenimiento», p. 17.

TIPO DE CRÉDITO		1 crédito	2 créditos	Incrementos (+1 crédito)
Hábitat (1 hectárea)		Estado de conservación favorable	Disminución de riesgos o amenazas	<ul style="list-style-type: none"> - Corredor ecológico - Hábitat de interés comunitario prioritario - Espacios protegidos - Catálogo de hábitats en peligro de desaparición
Especies	Hábitat de alimentación, reproducción o reposo (1 unidad funcional)	Aumento de extensión o capacidad de carga	Disminución de riesgos o amenazas	<ul style="list-style-type: none"> - Catálogo de Especies Amenazadas - Especie de interés comunitario prioritario - Corredor ecológico - Aumento de área de distribución nacional
	Especies (1 unidad poblacional)	Incremento de unidad poblacional - x1,5 si la unidad poblacional es territorios o unidades reproductoras - x2, si la unidad poblacional es grupos familiares, colonias o agregaciones de ejemplares		<ul style="list-style-type: none"> - Catálogo de Especies Amenazadas - Especie de interés comunitario prioritario - Corredor ecológico - Aumento de área de distribución nacional

No obstante, no se cita la fuente en la que se basan para llevar a cabo esta valoración de los créditos ambientales. Al no tener información adicional resulta complicado entender cómo se puede llevar a cabo la adicionalidad vinculada a la no pérdida neta de biodiversidad requerida en los bancos de conservación si de la tabla se deduce que a cada hectárea de hábitat que se encuentre en un estado de conservación favorable le va a corresponder un crédito. Lo mismo ocurre con los incrementos establecidos en la última de las columnas. No queda claro si ese crédito adicional que se puede sumar a cada hectárea de hábitat o a las unidades funcionales o poblacionales en el caso de las especies es por haber realizado actuaciones cuyo resultado sea, por ejemplo, la creación de un espacio protegido, o si por tratarse desde un primer momento de un espacio protegido cuenta directamente con un crédito más. En el apartado siguiente nos detendremos sobre este aspecto, pero adelantamos que, según nuestro criterio, la mera existencia de valores ambientales previos o su inclusión en una zona protegida no cumpliría con los requisitos

para implantar un banco de conservación ya que en todo caso resulta imprescindible que se produzca una mejora en el medio ambiente para compensar los impactos negativos causados por un plan o proyecto.

2. El proyecto piloto extremeño

El primer proyecto piloto implantado en España, en 2014, fue el de la «Dehesa del Guijo» (Malpartida de Plasencia, Cáceres). Esta experiencia consiste en un banco de conservación de unas 19 hectáreas con diferentes hábitats y especies: encinar, dehesa con milano real (*Milvus milvus*), charca mediterránea (cigüeña negra —*Ciconia nigra*—, *Marsilea sp.* e *Isoetes sp.*) y comedero de águila imperial (*Aquila adalberti*) (20). Se constituye, por lo tanto, en un «banco múltiple», que fomentará la conectividad entre los hábitats y especies mencionados.

Este banco de conservación fue financiado por la empresa Ferrovial y articulado mediante un acuerdo voluntario no remunerado con los propietarios del terreno. En la creación de este banco participaron además el entonces Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA) e investigadores de las Universidades Rey Juan Carlos (URJC), la de Extremadura (UEx) y la Politécnica de Madrid (UPM).

Vemos, por lo tanto, que en su proceso de creación han intervenido distintos sujetos. Por un lado, la empresa Ferrovial, como financiadora de la experiencia y, por otro lado, los propietarios de la finca, quienes entendemos que serán los obligados a generar y mantener los nuevos valores ambientales de ese terreno. Así, conforme a la clasificación efectuada por CUYÁS PALAZÓN (2016), y al no contar con información adicional, podríamos decir que este banco de conservación podría ser de un propietario único o un banco de un único usuario; o bien un banco empresarial (21). Según la mencionada autora, la primera de estas modalidades se utiliza especialmente por grandes empresas o administraciones públicas con visos a compensar los daños generados al medio ambiente a lo largo de varios años. La segunda modalidad es similar en cuanto a que su creación se lleva a cabo por una empresa, pero difiere de ella en el objetivo último de dicha creación. En esta modalidad el empresario pretende no tanto compensar una pérdida ambiental, sino generar créditos ambientales en el banco para posteriormente comerciar con ellos.

(20) El reparto de extensión de hábitats y especies en este banco de conservación es muy desigual. Así, por ejemplo, de las casi 19 hectáreas totales, algo más de la mitad se dedican a encinar (10,82) mientras que la dimensión del comedero del águila imperial se limita a 0,7 hectáreas.

(21) Pese a que esta clasificación se aplica a los bancos de mitigación de EE.UU. entendemos que podría aplicarse también a los establecidos en España.

Al ser la primera experiencia piloto implantada en España resulta lógica, además, desde muchos puntos de vista, la participación del Ministerio, máxime si su inicio estaba vinculado al desarrollo de la versión inicial del reglamento español sobre bancos de conservación (22).

En cuanto a la función específicamente desarrollada por los investigadores de las tres universidades mencionadas, la participación de la URJC fue a través de un doctorando y con la colaboración de su departamento de Ciencias Ambientales; de la UPM participó la Escuela Técnica Superior de Ingeniería de Montes, Forestal y del Medio Natural; y a la UEx se le atribuyó la función de realizar los informes, debidamente documentados, que sirvan para acreditar con carácter anual el cumplimiento de las obligaciones de conservación (23).

La «Dehesa del Guijo» es una finca de propiedad privada (pertenece a la familia Rengifo), ubicada en el Parque Nacional de Monfragüe. Este dato resulta especialmente interesante, ya que significa que la primera experiencia piloto de banco de conservación en España se ha llevado a cabo en un espacio previamente protegido.

La declaración de Monfragüe como Parque Natural se realizó hace más de 40 años, el 4 de abril de 1979, para evitar que las plantaciones de eucaliptos pusieran en peligro el matorral y bosque autóctono, entorno en el que habita una gran cantidad de fauna amenazada (24). Casi 30 años después se aprobó la Ley 1/2007, de 2 de marzo, por la que este entorno se declara Parque Nacional. Tal y como se recoge en su exposición de motivos, mediante esta declaración se trata:

«tanto de incorporar a Monfragüe a la Red de Parques Nacionales como espacio singular, único, irrepetible, y representativo, como de consolidar con Monfragüe la Red de Parques Nacionales como el referente territorial donde practicar, al servicio de todos los ciudadanos, la conservación de la biodiversidad. La singularidad y riqueza faunística de Monfragüe, la variedad de sus formaciones vegetales, la espectacularidad paisajística y el interés geomorfológico, constituyen un patrimonio natural y cultural de indudable valor científico, recreativo y educativo, que justifica declarar de interés general de la Nación su conservación. Con ello se incorpora a la Red de Parques Nacionales una de las mejores muestras de patrimonio natural español, correspondiente con los sistemas naturales más extensos y representativos de nuestro país».

(22) Así se afirma en «Bancos de Conservación de la Naturaleza, situación actual y avances», <https://www.custodia-territorio.es/novedades/bancos-de-conservacion-de-la-naturaleza-situacion-actual-y-avances>.

(23) *Ibidem*.

(24) La información sobre el Parque Nacional de Monfragüe está disponible en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: <https://www.miteco.gob.es/es/red-parques-nacionales/nuestros-parques/monfrague/>.

En el territorio de Monfragüe coexisten, además de la categoría de Parque Nacional, varias figuras de protección. Así, en 1991 fue declarado Zona de Especial Protección para las Aves, figura ampliada 13 años después hasta la actual ZEPA «Monfragüe y Dehesas del entorno» que abarca las 116.160 hectáreas coincidentes con la Zona Periférica de Protección del Parque Nacional. Esta misma extensión goza desde julio de 2003 de la calificación como Reserva de la Biosfera.

En consecuencia, resulta evidente que en este caso no se han creado valores ambientales que permitan compensar la destrucción o el impacto causado en otro lugar a los mismos elementos de la flora o la fauna, sino que se habrá recurrido a la mejora o a la preservación de valores preexistentes. Este aspecto resulta de gran relevancia para determinar la posible eficacia del banco de conservación, la cual está supeditada a lograr la no pérdida neta de biodiversidad pese a la producción de un daño cierto y permanente en el medio ambiente debido a la realización de una obra o construcción necesaria.

En este sentido conviene apuntar que en EE.UU. son pioneros en la aplicación de este modelo de compensación de los impactos ambientales a través de los *Mitigation Banks*, con sus dos modalidades de *Wetland mitigation banking* y los *Conservation banking* (25). Según la definición dada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de EE.UU. (en adelante, EPA, conforme a sus siglas en inglés: *United States Environmental Protection Agency*), los bancos de mitigación son áreas que han sido «*restored, established, enhanced, or (in certain circumstances) preserved for the purpose of providing compensation for unavoidable impacts*». Esta misma Agencia aclara en qué consisten esas acciones de restauración, establecimiento o creación, mejora, o preservación (26).

En el mismo sentido, la Estrategia nacional de infraestructura verde y de la conectividad y restauración ecológicas (página 212) expone que para que los bancos de conservación contribuyan a conservar o mejorar en la práctica los valores ambientales de un terreno, es necesario que se rijan por el principio de «no pérdida neta» de biodiversidad, además de asegurar que se consigue la «adicionalidad» de las actuaciones ejecutadas. Con esta finalidad, en la mencionada Estrategia se propone la certificación de que las actuaciones realizadas son conformes con alguna de las siguientes cuatro opciones, como se ve, idénticas a las exigidas en EE.UU.

(25) Sobre los bancos de mitigación en Estados Unidos puede verse en español DURÁ ALEMAÑ (2013), CUYÁS PALAZÓN (2016) y, más recientemente, DE GUERRERO MANSO (2022).

(26) Véase la ficha sobre la mitigación compensatoria realizada por la EPA, disponible en https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-08/documents/compensatory_mitigation_factsheet.pdf

- «la restauración de una zona degradada, para recuperar los recursos naturales o los servicios que estos prestaban;
- la creación de un recurso natural en un lugar en el que no existía antes;
- la mejora de un recurso para intensificar las funciones o servicios o cambiar el grado de calidad de los mismos;
- la preservación o prevención del deterioro de un recurso o servicio».

Al estar ubicada la «Dehesa del Guijo» en un Parque Nacional, dotado de reconocidos valores ambientales y en un territorio protegido de forma específica desde 1979, no parece que para crear esta experiencia piloto se haya restaurado ni creado un hábitat. Podría haberse llevado a cabo una actuación de mejora, de manera que, según la definición dada por la EPA, se deberían haber aumentado, intensificado u optimizado una o más funciones de ese territorio. Por ejemplo, para mejorar la calidad del agua o para mejorar el hábitat de una especie. De esta manera se consigue un mayor número de funciones presentes en un espacio natural, sin que sea preciso que incremente su territorio.

La otra opción, quizá más acorde con la realidad, sería que se hubiera procedido a la preservación del hábitat, entendida como protección permanente de los valores ambientales presentes en ese territorio. En este supuesto también se ganaría en funciones ambientales sin aumentar la extensión del terreno previamente protegido.

En cualquiera de los dos supuestos, sería necesario, como hemos visto, que se pudiera certificar la eficacia de las actuaciones llevadas a cabo, de manera que se demostrara la «adicionalidad» de las medidas y de los resultados derivados de las misma. En caso contrario es posible que la implantación de un banco de conservación en un Parque Nacional no tenga en la práctica ningún efecto beneficioso adicional en el medio ambiente, sobre todo si se tiene en cuenta que la finca fue elegida debido a «la trayectoria y al compromiso conservacionista de la propiedad, a las características ambientales de la misma y a una buena relación personal con todas las partes implicadas» (27).

3. Los dos proyectos pilotos de Castilla-La Mancha

Si la información sobre el proyecto llevado a cabo en Extremadura es escasa, aún son menos los datos disponibles sobre una de las experiencias piloto ubicadas en Castilla-La Mancha. Exclusivamente se ha conseguido

(27) De nuevo, en «Bancos de Conservación de la Naturaleza, situación actual y avances».

saber que se trata de un proyecto piloto de banco de conservación ubicado en la finca «El Allozar», en Ciudad Real. Su extensión es de 67 hectáreas y se encuentra dedicada a zonas subestépicas de gramíneas y anuales de *Thero-Brachypodietea* (28).

Frente a esta escasez de datos, sí se cuenta con información más detallada de la otra experiencia, la desarrollada en la finca «La Garganta», ubicada en el Parque Natural Valle de Alcudia y Sierra Madrona, en Ciudad Real (29). Asimismo, está incluida en los LIC y ZEPA Sierra Madrona, y forma parte de las Áreas Críticas de linco, águila imperial, cigüeña negra, buitre negro y águila perdicera.

Al tratarse de un terreno previamente protegido, todo lo dicho en el apartado anterior es igualmente aplicable a este supuesto. En la creación de esta experiencia piloto participó la Asociación de Propietarios Rurales para la Gestión Cinegética y Conservación del Medio Ambiente (APROCA Castilla-La Mancha) y tuvo el apoyo de la Fundación Biodiversidad. En este caso se afirma que el estado inicial de conservación era «muy bueno» en términos generales, así que se parte de la idea de que «la potencialidad de generación de créditos por conservación no será muy elevada» (APROCA Castilla-La Mancha 2016:42).

Con ese punto de partida se previeron las actuaciones a realizar, las cuales se plasman en la siguiente tabla de APROCA Castilla-La Mancha (2016:44), a la que hemos incorporado los hábitat o especies prioritarias, ya que en la tabla aparecían exclusivamente representadas con su referencia numérica correspondiente a cada ficha por tipo de hábitat recogida en las Bases Ecológicas Preliminares citada *supra*:

Medida Prioritaria Hábitat – Especie Natura 2000	Hábitat – Especie prioritaria	Acción	Objetivo de conservación de la acción	Unidades de creación de recurso (Total)
En zonas de dehesa, fomentar las densificaciones con protectores individuales y métodos de trabajo puntuales en zonas de dehesa.	Dehesa perennifolias de <i>Quercus</i> spp.	Densificación en Dehesa con planta, tutor y protector individual y mallazo exterior individual.	Regeneración artificial de las dehesas sin renunciar al pastoreo.	50 ha

(28) *Ibidem.*

(29) Los datos se encuentran en APROCA Castilla-La Mancha, «Bancos de Conservación de la Naturaleza. Guía Práctica para su Creación, Cuantificación y Mantenimiento», Ciudad Real, 60 páginas.

VALORACIÓN DE LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS DE BANCOS DE CONSERVACIÓN EN ESPAÑA

<p>Construir vivares de conejo, cercones, palomeras, y gestionar mosaicos para mejora de las poblaciones de perdiz y otras medidas que favorezcan a las poblaciones de presas de rapaces y mamíferos carnívoros amenazados.</p>	<p>Águila imperial, buitre negro, lince ibérico, águila perdicera.</p>	<p>Creación de bosquetes de unos 100-200 m² con 4-5 especies arbustivas, con protección perimetral.</p>	<p>Proporcionar lugares para la cría y refugio de conejo, perdiz,... Aumentar la diversidad del territorio y del paisaje. Funciones de interconexión.</p>	<p>1 bosque cada 10-15 ha en un total de 50 ha.</p>
<p>Redactar y ejecutar proyectos para transformar los bosques de repoblación de coníferas en masas mixtas irregulares mediante claras que favorezcan la regeneración natural y plantación de árboles y arbustos autóctonos bajo cubierta que aumenten la biodiversidad.</p>	<p>Encinares de <i>Quercus ilex</i> y <i>Quercus rotundifolia</i>.</p>	<p>Clareos y claras en pinar con plantación de especies del género <i>Quercus</i>.</p>	<p>Recuperación de la vegetación potencial de un territorio.</p>	<p>50 ha</p>
<p>Realizar acciones de silvicultura preventiva en plantaciones forestales con riesgo de incendio que puedan afectar a bosques naturales (ej., Perímetros de seguridad, gestión orientada a minimizar el combustible, etc.).</p>	<p>Bosques endémicos de <i>Juniperus</i> spp. Robledales ibéricos de <i>Quercus faginea</i> y <i>Quercus canariensis</i>. Encinares de <i>Quercus ilex</i> y <i>Quercus rotundifolia</i>.</p>	<p>Tratamientos selvícolas en pinar de piñonero en estado de monte bravo.</p>	<p>Mejora del vigor vegetativo de la masa, disminución de combustible, defensa contra incendios forestales.</p>	<p>30 ha</p>
<p>Aumentar la superficie de bosques naturales mediante la reversión de plantaciones forestales alóctonas realizando aclareos sucesivos que favorezcan la regeneración natural a partir del sotobosque autóctono y mediante la restauración de terrenos degradados u ocupados por otros tipos de hábitat de menor interés para la conservación.</p>	<p>Bosques de <i>Olea</i> y <i>Ceratania</i>. Alcornocales de <i>Quercus suber</i>. Encinares de <i>Quercus ilex</i> y <i>Quercus rotundifolia</i>.</p>	<p>Eliminación de eucalipto con destoconado.</p>	<p>Recuperación de la vegetación potencial de un territorio.</p>	<p>50 ha</p>

Además, en esta experiencia, siguiendo las directrices marcadas por las fichas de cada uno de los hábitats en las Bases Ecológicas Preliminares, se establecieron diversas variables para analizar, tanto en relación a su estado de conservación como potenciales de mejora en función de las actuaciones realizadas (APROCA Castilla-La Mancha 2016:45-47). A cada una de estas variables se les asignó un valor, representando tres categorías: desfavorable-malo, desfavorable-inadecuado, o favorable. De esta manera, aunque el estado de conservación de la finca es «excelente» en términos globales, se puede elegir las zonas con peor estado de conservación, ya que son las que cuentan con un mayor potencial de mejora.

APROCA Castilla-La Mancha (2016:52) calcula que esta propuesta de banco de conservación podría proporcionar 560 créditos ambientales, de los cuales la mayoría (360) corresponden a hábitats prioritarios (dehesas perennifolias de *Quercus spp.* y encinares de *Quercus ilex* y *Quercus rotundifolia*), mientras que los 200 restantes corresponden a hábitat de reproducción, reposo o alimentación de especies prioritarias (águila imperial, buitre negro, lince ibérico, águila perdicera).

El último dato relevante de este proyecto es que su coste total es de 355.202,85 euros, de los cuales, 83.951,35 euros responden a la inversión inicial, por los costes de ejecución de las actuaciones; mientras que el resto del dinero: 271.251,50 euros, es decir, más del triple de los costes de ejecución de las actuaciones, se corresponden con la garantía financiera. Además se calcula un rendimiento anual medio de 6.067,60 euros (APROCA Castilla-La Mancha 2016:51). Este dato pone de manifiesto el alto coste de mantenimiento de los bancos de conservación y reafirma la idea mencionada *supra* de la importancia de dotar a estos instrumentos de compensación ambiental de fondos adecuados para que puedan cumplir su función.

4. La difícil valoración de estas iniciativas

El principal problema para analizar los beneficios y las dificultades derivados de la implantación de estos proyectos piloto es la ausencia de datos e información sobre los mismos. Por este motivo resulta muy complicado conocer el estado de desarrollo y cumplimiento de las obligaciones previstas para estas experiencias, analizadas *supra*.

MARÍN ENRÍQUEZ (2021: 25) considera que, pese a la falta de información específica sobre el desarrollo y los resultados conseguidos en el banco extremeño, puede decirse que ha sido exitoso. Fundamenta esta valoración en la inclusión de esta herramienta de compensación ambiental en el plan de acción de la Junta de Extremadura «Estrategia de Economía Verde y Circular Extremadura 2030», así como en la aprobación del proyecto «Iniciativas Extremeñas

de Bancos de Conservación de la Naturaleza», incluido en el programa «Red Municipal de Participación y Concienciación social sobre Economía Verde y el Patrimonio Natural en Extremadura».

Sin embargo, quizá esa valoración sea demasiado optimista. Efectivamente, la Estrategia Extremadura 2030 menciona los bancos de conservación, pero sólo en dos ocasiones, pese a su amplia extensión (353 páginas). La primera de ellas (página 246), como uno de los ejemplos propuestos de actuaciones concretas para 2017-2020, dentro del eje temático 15, dedicado al «Papel de los municipios en una economía verde y circular». En concreto, se propone la «Promoción y puesta en funcionamiento de proyectos (experiencias piloto) de bancos de conservación de la naturaleza en municipios extremeños». La segunda (página 329), recoge el «número de bancos de conservación de la naturaleza» como unos de los indicadores que pueden utilizar los municipios para valorar y estimular sus avances en la implantación de una economía verde y economía circular en el ámbito local.

Es decir, que se alude a esta herramienta de compensación de los daños ambientales como una posibilidad más, junto a otras ocho igualmente válidas: experiencias de economía verde y circular inscrita, bancos municipales de tierra creados, bancos municipales de semillas, iniciativas agroecológicas en municipios, proyectos de custodia del territorio por municipios, sumideros de carbono creados en la región, mapas de recursos locales o plantas de compostaje locales creadas.

Por otro lado, como se ha apuntado, «Iniciativas extremeñas de bancos de conservación de la naturaleza» era un proyecto incluido en el programa «Red Municipal de Participación y Concienciación social sobre Economía Verde y el Patrimonio Natural en Extremadura». Este proyecto se encuentra descrito en el Decreto 159/2016, de 27 de septiembre, por el que se regula la concesión directa de una subvención a la Asociación de Universidades Populares de Extremadura para ejecutar el programa «Red Municipal de Participación y Concienciación Social sobre la Economía Verde y el Patrimonio Natural en Extremadura» (DOE 190, 3 de octubre de 2016). En el artículo 4 de dicho Decreto se recoge este proyecto entre las 16 actividades objeto de subvención y en su artículo 5 se recogen los gastos subvencionables: un total de 33.331,86 euros, desglosado en los cuatro años fijados para su desarrollo, de 2016 a 2019, que coinciden con el presupuesto del proyecto recogido en la letra D del Anexo I, Memoria de actuaciones. También en este anexo, Letra B, apartado 4, se recoge la descripción de este proyecto. En dicho anexo se recogen los dos objetivos específicos de esta iniciativa:

«— Diseñar una estrategia con la implicación activa de la población local y la participación en el laboratorio municipal y educativo de sensibilización, concienciación e innovación en proyectos de economía verde ciudadana.

— Organizar y desarrollar una campaña permanente de promoción, difusión, concienciación, sensibilización y asesoramiento para la implantación de iniciativas de bancos de conservación de la naturaleza en ayuntamientos, fincas públicas y privadas de municipios extremeños».

Esta iniciativa ya ha finalizado, y los resultados obtenidos durante la misma han sido, fundamentalmente, la realización de campañas de concienciación, asesoramiento e innovación y la firma de acuerdos de interés con ayuntamientos, propietarios de fincas y asociaciones, así como la creación de sitio web diseñado con formato blog (naturabank-extremadura.blogspot.com). Pese al trabajo realizado en este proyecto, al que se hace referencia en el blog, no parece que se hayan creado nuevos proyectos pilotos de bancos de conservación en Extremadura. En consecuencia, el resultado de esta iniciativa podría calificarse de agrídulce, ya que por un lado ha llevado a cabo una considerable cantidad de acciones, pero por otro, no ha conseguido que se plasmen de manera efectiva en la creación de nuevos bancos de conservación.

En conclusión, parece que por el momento las experiencias piloto de implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España carecen del impacto y la utilidad que podría aventurarse en un primer momento. En todo caso, estamos a tiempo de potenciar los efectos prácticos estas experiencias, a través de acciones sencillas como la publicación de los informes anuales en los que se plasmen las actuaciones realizadas y los resultados obtenidos. De esta manera será posible obtener todo el rendimiento de estos primeros bancos de conservación y la información relevante para analizar los riesgos apuntados por las asociaciones ambientales, los problemas y retos planteados en la implementación de estos instrumentos de protección ambiental, y proceder a la elaboración de un reglamento que aporte claridad y seguridad jurídica para su futura implementación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

APROCA Castilla-La Mancha (Asociación de Propietarios Rurales para la Gestión Cinegética y Conservación del Medio Ambiente) (2016): «Bancos de Conservación de la Naturaleza. Guía Práctica para su Creación, Cuantificación y Mantenimiento», Ciudad Real, 60 páginas.

«Bancos de conservación de la Naturaleza, situación actual y avances», publicado en la web de la Plataforma de Custodia del Territorio, el 3 de noviembre de 2017. <https://www.custodia-territorio.es/novedades/bancos-de-conservacion-de-la-naturaleza-situacion-actual-y-avances>.

CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014): «La compensación de los impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación

- ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, vol. I, pp. 979-1005.
- CUYÁS PALAZÓN, M^o Mercedes (2016): «Los bancos de compensación ambiental o mitigation banking (MB) en el ordenamiento estadounidense ¿un modelo a importar?», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 179, julio-septiembre 2016, pp. 335-368.
- DE GUERRERO MANSO, M^o Carmen (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, en esta REVISTA, Monografía XVI, Zaragoza, pp. 85-114.
- DE GUERRERO MANSO, M^o Carmen (2022): «Los bancos de mitigación en EE.UU.: orígenes y evolución de esta forma de compensación ambiental», en esta REVISTA.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier (2013): *La custodia del territorio y sus nuevas técnicas para la conservación del patrimonio natural, el paisaje y la biodiversidad: un invento norteamericano y su expansión al resto del mundo*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Alcalá de Henares, septiembre 2013.
- FORO DE REDES Y ENTIDADES DE CUSTODIA DEL TERRITORIO (2015): «Consideraciones del Foro de Redes y Entidades de Custodia del Territorio (FRECT) al tercer borrador del reglamento por el que se regula el régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza», de 14 de marzo de 2015, publicado en la página web de la Plataforma de Custodia del Territorio (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico-Fundación Biodiversidad, <https://custodia-territorio.es>).
- GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 297-330.
- GONZÁLEZ ALCALDE, Isabel y ÁLVAREZ GARCÍA, David (2012): «Custodia y bancos de hábitat» en PIETX I COLOM, J. y SÁNCHEZ, A.: «La participación de la custodia del territorio en los sistemas de bancos de hábitats. Primera reflexión», en *Ecosostenible*, núm. 18, noviembre-diciembre 2012, pp. 4-18.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2018): «La trayectoria española de los bancos de conservación» en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, en esta REVISTA Monografía XIX, Zaragoza, pp. 57-73.
- MARÍN ENRÍQUEZ, Óscar Efrén (2021): «Los bancos de conservación en España y su estado actual», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 111, Sección «Artículos doctrinales», 34 pp.

- MEAD, Deborah L. (2008): «History and Theory: The Origin and Evolution of Conservation Banking», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. 9-31.
- SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José (2022): «Novedades y retos actuales del patrimonio natural» en Tolivar Alas, L.; Huelgo Lora, A. y Cano Campos, T. (Dirs.): «El patrimonio natural en la era del cambio climático», *Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Oviedo 3-5 de febrero de 2022; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 169-194.
- TERESA, Sherry (2008): «Financial Considerations», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. Pp. 127-155.
- VV.AA. (2009): *Bases ecológicas preliminares para la conservación de los tipos de hábitat de interés comunitario en España*, Madrid: Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

EJECUCIÓN DE PLANES Y PROYECTOS EN RED NATURA 2000. EL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA DE HÁBITATS Y LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS

FERNANDO LÓPEZ PÉREZ

Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CONSTITUCIÓN DE LA RED NATURA 2000 EN ESPAÑA Y SU RELACIÓN CON OTROS ESPACIOS NATURALES.– III. LA PLANIFICACIÓN DE NATURA 2000. EL ARTÍCULO 6 (APARTADOS 1 Y 2) DE LA DIRECTIVA DE HÁBITATS.– IV. LOS APARTADOS 3 Y 4 DEL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA DE HÁBITATS Y SU REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. Prefacio. 2. El apartado 3 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats y la «evaluación adecuada». Requisitos para su aplicación. 3. El apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats. Requisitos para su aplicación.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La implantación de la Red Natura 2000 en la Unión Europea ha supuesto un gran reto para los Estados miembros en los 30 años transcurridos desde la aprobación de la Directiva de Hábitats. Es necesario destacar que la integración de un espacio en la Red, lleva aparejada una serie de obligaciones, como la aprobación de planes de gestión para evitar el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies. Todo ello está regulado en el importante artículo 6 de la Directiva de Hábitats. El presente trabajo, aborda las principales cuestiones que se derivan de este precepto, poniendo el foco fundamentalmente en la evaluación de los planes y proyectos que pretenden ejecutarse en un espacio Natura 2000, y en las condiciones que deben concurrir para ejecutarse el plan o proyecto, pese a las consecuencias negativas sobre el lugar Natura 2000, tales como la existencia de razones imperiosas de interés público de primer orden o la aprobación de medidas compensatorias.

Palabras clave: espacios naturales protegidos; evaluación ambiental; lugares de importancia comunitaria; medidas compensatorias; razones imperiosas de interés público de primer orden; Red Natura 2000; Zonas de Especial Conservación; Zonas de Especial Protección para las Aves.

ABSTRACT: The implementation of Natura 2000 Network in the European Union has been a great challenge for the Member States since the Habitats Directive was approved 30 years ago. It is important to note that the integration of a space in Natura 2000 Network entails a series of obligations, such as the approval of management plans in order to avoid the deterioration of natural habitats and the habitats of species. This issue is regulated in Article 6 of Habitats Directive. This paper addresses the main issues arising from this Article 6, focusing primarily on the environmental assessment of plans and projects that are intended to be implemented in Natura 2000 Network, and the necessary conditions to execute the plan or project despite the negative consequences,

such as the concurrence of imperative reasons of overriding public interest or the adoption of compensatory measures.

Key words: protected natural areas; environmental assessment; sites of community importance; compensatory measures; imperative reasons of overriding public interest; Natura 2000 network; Special Conservation Areas; Special Protection Areas for Birds

I. INTRODUCCIÓN (1)

La Red Natura 2000 es una red ecológica propia de la Unión Europea, la más grande el mundo (2), creada en 1992 a través de la Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (en adelante, Directiva de Hábitats). Está formada por áreas de conservación de la biodiversidad existentes en todos los Estados miembros, cuya finalidad es asegurar los hábitats y especies más amenazados de Europa por medio de zonas especiales para su protección y conservación. Constituye «uno de los pilares esenciales para la protección de la fauna y la flora en la Unión Europea» —GARCÍA URETA (2006: p. 711)— (3).

(1) Sobre los antecedentes de la Red Natura 2000, contenido, alcance y principales problemas, pueden verse las sucesivas aportaciones al Observatorio de Políticas Ambientales recogidas en el capítulo dedicado a esta Red desde el año 2016 de BLASCO HEDO y LÓPEZ PÉREZ, que inspiran el primer apartado de este trabajo. Del mismo modo, puede encontrarse en esta misma obra, el análisis jurisprudencial de las principales sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el año 2016 en la aportación al Observatorio de DE GUERRERO MANSO, recogiendo en los sucesivos capítulos de esta autora alusiones a sentencias recaídas en materia de espacios naturales y del propio artículo 6 de la Directiva de Hábitats. Esta obra colectiva, desde su primera edición, puede consultarse en la siguiente dirección: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/observatorio-de-politicas-ambientales/>.

(2) Si bien Red Natura 2000 es un instrumento creado por la UE y circunscrito a ella, se enmarca dentro de un movimiento internacional nacido en la preocupación por la conservación de la biodiversidad y sobre los efectos que su pérdida conlleva, coincidiendo en el tiempo con el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) que tiene sus orígenes en la Conferencia sobre medio ambiente y desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992. Dentro de esta preocupación mundial, y como antecedentes de la Red, se halla el Convenio de Bonn o Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias (1979), realizado bajo el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA); y el Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa (Convenio de Berna) de 19 de septiembre de 1979, del Consejo de Europa.

(3) De esta manera, tanto los hábitats como las especies que se protegen a través de la Directiva de Hábitats, ya «no son del exclusivo patrimonio de los Estados miembros sino de la Unión Europea en su conjunto» —GARCÍA URETA y LAZKANO BROTONS (2013: p. 47)—. Esta circunstancia, por lo demás, resulta clave a la hora de entender la jurisprudencia dictada en la materia por los órganos jurisdiccionales comunitarios, situando la protección de este patrimonio natural por encima, o al menos en un plano de igualdad, respecto de otras cuestiones de interés para la Unión, tal y como se verá en las siguientes páginas.

El primer antecedente normativo lo constituyó la Directiva del Consejo de 2 de abril de 1979 relativa a la conservación de las aves silvestres —Directiva 79/409/CEE—, y que fue dictada cuando en la entonces Comunidad Económica Europea no existía fundamento competencial en materia ambiental. Entre otras cuestiones, esta Directiva recogía la necesidad de clasificar como zonas de protección especial aquellos espacios más adecuados en número y superficie para la conservación de las aves citadas en el Anexo I, estableciendo el mandato de evitar la contaminación o deterioro de los hábitats o perturbaciones sobre las aves descritas. Estas zonas especiales de protección para las aves (en adelante, ZEPA) se han terminado por incorporar a la Red Natura 2000. Este instrumento normativo de 1979 está actualizado y consolidado a través de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres (en adelante, Directiva de Aves).

A fin de implantar la Red, se dividió la superficie de los Estados miembros (4.000.000 km², si contamos a Reino Unido, hoy fuera de la Unión), en nueve regiones biogeográficas: Alpina, Atlántica, Macaronésica, Mediterránea, Estépica, del Mar Negro, Boreal, Continental y Panónica —en España, concurrirían las cuatro primeras—. En lo que afecta a las aguas marinas, también se dividió en cinco: Báltica, mar Negro, Atlántica, Macaronesia y Mediterránea —las tres últimas pueden encontrarse en España—.

Muy resumidamente, la Directiva de Hábitats crea una red conformada por los lugares que alberguen tipos de hábitats naturales que figuran en el anexo I y de hábitats de especies que figuran en el anexo II, englobados ambos tipos de espacios bajo la denominación de Zonas Especiales de Conservación (en adelante, ZEC). A estos espacios se les unen las, ya reseñadas, Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA), formando ambas zonas la Red Natura 2000. Todo ello con el fin comentado de contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio comunitario.

Sobre estos espacios debe garantizarse el mantenimiento o restablecimiento, en un *estado de conservación favorable*, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de especies a proteger —artículo 3 de la Directiva de Hábitats—. Ello deriva en dos obligaciones principalmente: en primer lugar, la adopción de acciones positivas para el cumplimiento de tal misión (medidas de conservación); en segundo lugar, el establecimiento de medidas que impidan el deterioro de estos espacios a través de la evaluación de los planes y proyectos que los afecten y, en último término, la compensación de daños cuando un plan o proyecto, aun causando repercusiones sobre el lugar, deba ejecutarse inevitablemente. Todo ello se regula en el artículo 6 de la Directiva de Hábitats, que se convierte así en el precepto clave del sistema de protección de la biodiversidad en el ámbito de la Unión.

Sobre este artículo 6 y, en concreto, la evaluación de planes y programas y su ejecución pese a que produzcan un deterioro sobre un espacio Natura 2000 por interés público, gira el núcleo de este trabajo. Téngase en cuenta que la aplicación de la Directiva de Hábitats en la Unión ha generado una problemática jurídica constante, lo que nos da cuenta de la incidencia que ha tenido sobre intereses y derechos de las administraciones y de los particulares, quedando plasmada en una intensa labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJE) (4), de la que se va a venir dando cuenta a lo largo de este trabajo.

II. CONSTITUCIÓN DE LA RED NATURA 2000 EN ESPAÑA Y SU RELACIÓN CON OTROS ESPACIOS NATURALES

Teniendo en cuenta que las Directivas comunitarias obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado, en España fue precisa la aprobación de distintas normas para su transposición (5), y cuyas cuestiones fundamentales quedan reflejadas actualmente en la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (en adelante, LPNB de 2007). Legislación básica casi en su totalidad a tenor de lo dispuesto en la disposición final segunda, y que dedica a la Red Natura íntegramente el capítulo III del título II.

Adicionalmente, la transposición de la Directiva de Hábitats se ha manifestado en legislación sectorial, como la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino, creando y regulando la Red de Áreas Marinas Protegidas de España, de la que pueden formar parte, tal y como ocurre, las ZEC y las ZEPA ubicadas en este medio; o el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la

(4) Cabe advertir que la denominación de este Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambió con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009), perdiendo el nombre anterior de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Como quiera que se maneja en este trabajo jurisprudencia emanada de ambas épocas, se utiliza la abreviatura «TJE» para hacer alusión genérica a las sentencias emanadas de este órgano judicial europeo.

(5) Con anterioridad, el legislador consideró que los principales postulados de la Directiva de Hábitats quedaban asumidos en el articulado de la Ley 4/1989, de 27 de marzo. No obstante, se aprobó el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (prácticamente una copia literal de la Directiva, con el reparto competencial entre Estado y las comunidades autónomas como principal innovación). A fin de completar esta transposición, a través de la disposición final primera de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, se introdujeron tres nuevos preceptos en la Ley 4/1989, que regulaban, de forma muy exigua, pero expresa y con rango de ley, la Red Natura 2000.

Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que determina, al igual que la LPNB de 2007, que sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios incluidos en la Red Natura, excluyendo terrenos de la misma, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada —artículo 13.3— (6).

A los efectos de este trabajo, cabe destacar la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que establece las bases y los principios del procedimiento de evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente. Esta norma, de capital influencia en la aplicación del artículo 6 de la Directiva de Hábitats, contiene continuas alusiones a los espacios incluidos en Natura 2000, introduciendo determinadas especificidades a la evaluación de planes y proyectos que pretenden implantarse (o que pueden influir sobre los mismos) en esta clase de espacios.

En lo que se refiere al procedimiento de constitución de la Red, la Directiva de Hábitats —complementada con la Directiva de Aves—, estableció dos procedimientos distintos, dependiendo de si se trata de ZEC o ZEPA. Así, mientras que para las ZEPA, la incorporación a la Red es automática previa declaración por las comunidades autónomas (o el Estado, en los supuestos de su competencia) (7), en el caso de las ZEC, el procedimiento es largo y complejo, resumiéndose en los siguientes hitos:

- (i) Proposición por los Estados de una lista de lugares con los tipos de hábitats naturales y de las especies autóctonas existentes en dichos

(6) Confirmando las dificultades jurídicas que entraña la desclasificación de un suelo integrado en Natura 2000. En este sentido, puede consultarse la restrictiva posición del TJE, en el sentido de vetar la desclasificación salvo que «así lo justifique la evolución natural registrada como resultado de la vigilancia de la que se encargan los Estados miembros» De este modo, «el incumplimiento por un Estado miembro de esta obligación de protección en relación con un lugar determinado no justifica necesariamente la desclasificación de ese sitio [...]. Por el contrario, incumbe a ese Estado adoptar las medidas necesarias para proteger dicho lugar» —sentencia del TJE de 3 de abril de 2014 (asunto C-301/12)—. Sobre esta cuestión puede consultarse a GARCÍA URETA (2014: *in totum*).

(7) En este sentido, la Directiva Aves no prevé un procedimiento normalizado para la selección y designación de ZEPA. En todo caso, la identificación y selección, en la que no participa la Comisión Europea, debe estar enteramente basada en criterios científicos, usando para ello el inventario de Áreas Importantes para las Aves realizado por BirdLife International (IBA, en sus siglas en inglés —Important Bird Area—), que se considera una guía científica correcta y adecuada por la propia jurisprudencia comunitaria (sentencias del TJE de 19 de mayo de 1998 —asunto C-3/96— y de 28 de junio 2007 —asunto C-235/04—). Este IBA, que se va actualizando periódicamente, trae causa de un encargo de la Comisión Europea al Grupo Europeo para la Conservación de las Aves y de los Hábitats y al Consejo Internacional para la Protección de las Aves (en la actualidad, Bird Life Internacional), del año 1981. Su primera versión fue publicada en 1989.

lugares (Lugares de Interés Comunitario —en adelante, LIC—), de conformidad con los Anexos I y II (8) (9).

- (ii) Aprobación de los listados LIC por la Comisión Europea, previa presentación a la consideración del Comité del Hábitat.
- (iii) Por último, cada Estado (en el caso de España, con carácter general, las comunidades autónomas), debe designar cada LIC como ZEC.

Este proceso de constitución de la Red en España está casi culminado, aunque aún se encuentran pendientes importantes cuestiones: significadamente en el ámbito marino de Natura 2000 y en lo que concierne a los planes de gestión preceptivos, pues un significativo porcentaje de la Red aún no cuenta con un plan de este tipo aprobado. En cualquier caso, debe destacarse la incidencia de Natura 2000 en España, que puede calificarse como extraordinaria debido a las magnitudes manejadas. Así, existen en nuestro país más de 1.400 espacios LIC, la mayoría ya declarados como ZEC; y más de 600 ZEPA. En conjunto, comprenden una superficie total aproximada de 210.000 kilómetros cuadrados, de los cuales 137.000 corresponden a superficie terrestre. O lo que es lo mismo, hasta el 27% de nuestra superficie terrestre está incluida en la Red. De hecho, España es el país europeo que más contribuye en términos netos a Natura 2000 —EUROPARC ESPAÑA (2016: p. 9)—. Téngase en cuenta, así, que la media europea de superficie terrestre afectada por Natura 2000 alcanza el 17,90% (10).

A todos ellos se añadirían los diferentes espacios naturales protegidos (15 parques nacionales, 152 parques naturales, 291 reservas naturales, 342 monumentos naturales y 57 paisajes protegidos, a los que se suman más de

(8) Aunque se reconoce a los Estados cierto margen a fin de elegir los espacios LIC, se establecen algunos límites de conformidad con la Directiva de Hábitats, tal y como se encargaron de recordar algunas sentencias del TJE. Así, pueden consultarse tres sentencias del 11 de septiembre de 2001 (asuntos C-67/99; C-71/99 y C-220/99). Por ello, las exigencias económicas, sociales y locales, que sí que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar las medidas de gestión de los espacios Red Natura —artículo 3 de la Directiva de Hábitats y 42.1 de la LPNB de 2007— no pueden sin embargo determinar la elección y delimitación de los LIC o ZEPA (sentencia del TJE de 7 de noviembre de 2000 —asunto C-371/98—). Además, las propuestas de LIC aprobadas por las comunidades autónomas y enviadas a la Comisión, puesto que producen efectos sobre los particulares, pueden ser impugnadas (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009, F. 11 —CENDOJ: STS 2737/2009-ECLI:ES:TS:2009:2737—).

(9) Si bien la proposición de lugares a integrar en Natura 2000 es competencia de los Estados, en casos excepcionales, pueden designarse espacios no propuestos por aquéllos que sean considerados como fundamentales para el mantenimiento o supervivencia de un tipo de hábitat natural prioritario o de una especie prioritaria, a través de un procedimiento de concertación bilateral que, en caso de desacuerdo, será aprobado por el Consejo por unanimidad.

(10) Y que van desde el 8,94% de Dinamarca, al 35,52% de superficie terrestre afectada de Eslovenia.

800 espacios con figuras de protección desarrolladas por las comunidades autónomas) que, con datos a 2018, se encuentran declarados en España —un 13% de nuestra superficie terrestre— (11).

Ciertamente, los espacios naturales tienen una misión esencial, la conservación de la biodiversidad. Para ello se han ido introduciendo figuras que pretenden su salvaguardia, que van desde las reservas naturales, con una protección integral que excluye casi cualquier explotación o uso, a aquellos espacios integrados en Red Natura 2000, con una protección más laxa, siempre y cuando no estén incluidos simultáneamente como espacio natural protegido (12). La vocación de protección de Natura 2000 de la biodiversidad es análoga a la de una reserva natural, por ejemplo, pero con un régimen de gestión, usos y actividades permitidas, sensiblemente más flexible. Así, como recuerda SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: p. 609) en referencia a Natura 2000, el TJE «no prohíbe cualquier tipo de actividad humana en estas zonas, pero tampoco pone obstáculos a que los Estados miembros fijen prohibiciones al respecto». Se llega así al artículo 6 de la Directiva de Hábitats, que se analizará en los siguientes epígrafes. Es este precepto el que se encarga de establecer las medidas para la protección de los espacios Natura 2000, y el que obliga a evaluar a aquellos planes y proyectos que pueden afectarles.

No obstante, antes de continuar, hay que efectuar una sucinta alusión a los problemas que en materia de conservación de la biodiversidad se plantean. En lo que respecta a España, pero extrapolable a nivel de la Unión y mundial. En lo que directamente nos concierne, no puede desconocerse el considerable esfuerzo que ha supuesto la implantación de la Red Natura 2000 en España. El proceso de identificación de lugares y especies, su declaración y aprobación de adecuados planes de gestión, ha exigido un trabajo ingente y, en cierto modo, extraordinario.

Transcurridos ya 30 años desde la aprobación de la Directiva de Hábitats, no puede hablarse por el momento de éxito en las políticas de conservación de la biodiversidad ni en el ámbito comunitario ni en el resto del mundo. En este sentido, los problemas de conservación de la biodiversidad son recurrentes, como así quedó acreditado en el demoledor Informe de la Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas (IPBES) de 2019.

(11) Puede consultarse a estos efectos a EUROPARC (2018: p. 10).

(12) Como señala EUROPARC-ESPAÑA (2016: p. 11), prácticamente todos los espacios naturales protegidos (parques nacionales, parques naturales, reservas naturales, etc.), están, simultáneamente, incluidos en Natura 2000. Esto es, hay un solapamiento entre figuras. Sin embargo, un 53% de la superficie integrada en Natura 2000, por el contrario, no está declarada como espacio natural protegido en alguna de las figuras contempladas por el Estado o las comunidades autónomas, lo que nos da idea de la importancia cuantitativa que constituye la Red y el esfuerzo que ha conllevado su declaración.

En lo que concierne a la Unión Europea, los malos datos se vieron confirmados, también en 2020, a través del Informe State of Nature in the EU 2013-2018. Informe elaborado por la AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (2020), basándose en los datos suministrados por los propios Estados en virtud del mandato recogido en las Directivas de Aves y Hábitats. De este modo, y de cara a la siguiente década (2030), la Unión ha aprobado recientemente la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030 (13), a fin de poner coto a los problemas de pérdida de biodiversidad detectados. En definitiva, igual que se habla de *crisis climática*, debe hablarse de manera semejante de *crisis de biodiversidad*. Entre otras cosas, porque probablemente ambos tengan como raíz el mismo problema.

III. LA PLANIFICACIÓN DE NATURA 2000. EL ARTÍCULO 6 (APARTADOS 1 Y 2) DE LA DIRECTIVA DE HÁBITATS

A tenor de lo ya expuesto, la Red Natura 2000 no se queda en un mero reconocimiento como espacio natural con una calificación jurídica determinada, sino que es necesario proceder a su gestión, esto es, su conservación y restablecimiento o mejora. Aquí es donde entra en acción el artículo 6 de la Directiva de Hábitats, clave del sistema como ya he expresado en líneas anteriores (14).

De este modo, el artículo 6.1 de la Directiva de Hábitats recoge una serie de prescripciones de carácter positivo, estableciendo para las ZEC que los Estados miembros fijarán las medidas de conservación necesarias que implicarán, *en su caso*, la adopción de adecuados planes de gestión, específicos para los

(13) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas. Bruselas, 20 de mayo de 2020. COM (2020) 380 final.

(14) Prueba de la importancia de este artículo 6 de la Directiva de Hábitats radica en que, en los inicios de la creación y constitución de la Red, podía detectarse una cierta reticencia inicial a su correcta transposición a los ordenamientos nacionales, tal y como queda reflejado en las sentencias del TJE de 6 de abril de 2000 —asunto C-256/98—; de 5 de diciembre de 2002 —asunto C-324/01—; de 13 febrero de 2003 —asunto C-75/01— y de 13 de diciembre de 2007 —asunto C-418/04—. Por otro lado, la importancia de este artículo 6 se vislumbra también en el especial esfuerzo con el que la Comisión Europea viene publicando diversos documentos de forma periódica en los que se contienen disposiciones orientativas o interpretativas. Bien es cierto que son de escaso valor jurídico, pero reflejan la interpretación de la Comisión Europea, que es precisamente el órgano de la Unión que cuenta con un papel relevante en lo relativo al control de la correcta aplicación de la Directiva de Hábitats. Además, estos documentos interpretativos u orientativos se van actualizando periódicamente con la (abundante) jurisprudencia dictada por el TJE. Es por ello que la cita de estos documentos —COMISIÓN EUROPEA (2000, 2012, 2018, 2019 y 2021)— son constantes en el trabajo.

lugares o integrados en otros planes de desarrollo, así como las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares (15). Tal mandato es extrapolable a las ZEPA, a tenor de lo señalado en los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la Directiva de Aves.

En España, es en el apartado 1 del artículo 46 de la LPNB de 2007 donde se desarrolla esta obligación planificatoria. De esta manera, estos planes de gestión deberán incluir, al menos, «los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable». Además, según se refiere en este precepto, los planes deberán tener en especial consideración las necesidades de aquellos municipios incluidos en su totalidad o en un gran porcentaje de su territorio en estos lugares, o con limitaciones singulares específicas ligadas a la gestión del lugar. Todo ello se complementa con el apartado 2 de dicho artículo, al prescribir que «las Administraciones competentes tomarán las medidas apropiadas, en especial en dichos planes o instrumentos de gestión, para evitar en los espacios de la Red Natura 2000 el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de las especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de estas áreas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente ley».

Fruto de este mandato legal, en la última década se ha efectuado un proceso de planificación sin precedentes, por cuanto, se recuerda, Natura 2000 comprende el 27% de nuestra superficie terrestre. En este sentido, con datos actualizados a enero de 2019, los planes de gestión aprobados superarían el 70% de los LIC o ZEPA declarados, alcanzando casi el 80% si se cuentan los que se encontraban en tramitación en esa fecha (16).

(15) Si bien la Directiva de Hábitats utiliza la alocución «en su caso» concerniente a la aprobación de planes de gestión, como señala la sentencia del TJE de 10 de mayo de 2007 —asunto C-508/04—, la adopción de esas medidas resulta obligatoria. Cuestión distinta es que se deje al arbitrio de cada Estado el instrumento o instrumentos que a tal fin consideren. En cualquier caso, en el derecho español, una vez traspuesta la Directiva a nuestro ordenamiento, sí que resulta obligatoria la adopción de un plan o instrumento de gestión —ex artículo 46.1.a) de la LPNB de 2007—. Aclarando, también, que las medidas de conservación serán adoptadas por el Estado o las comunidades autónomas (en gran parte, esta administración). Por otro lado, como indica RUIZ DE APOCADA ESPINOSA (2020: p. 361) con cita jurisprudencial, estos planes tienen naturaleza reglamentaria, situándose además de forma prevalente sobre otro tipo de planes como los urbanísticos.

(16) Pueden consultarse así los datos publicados por EUROPARC-ESPAÑA en su página web: <http://www.redeuroparc.pulsia.es/observatorio/termometro-red-natura-2000/situacion-rn2000/estado-planes> (última consulta el 31 de mayo de 2022). En cualquier caso, el porcentaje de planes de gestión aprobados ha aumentado sensiblemente, fundamentalmente

Al margen de los datos cuantitativos de los planes de gestión, hay que hacer también referencia a los criterios cualitativos. Esencialmente, la gran cantidad de superficie a gestionar y el escaso plazo para aprobar estos planes, ha causado que surjan ciertas dudas en lo que se refiere a su calidad técnica. Un ejemplo, ha sido relativamente habitual que se aprueben planes de gestión de multitud de lugares Red Natura 2000 de forma simultánea (caso de Extremadura o Aragón, por ejemplo), lo que comprometería seriamente su calidad, por no hablar de que tal manera de proceder desvirtúa los procesos de información pública previstos, al conformarse expedientes administrativos sometidos a consulta, con una extensión en algunos casos inabarcable (17).

En cualquier caso, dada la magnitud de superficie afectada por Natura 2000 en España, no puede entenderse que la integración de un espacio en la Red conlleve que las actividades humanas resulten sistemáticamente excluidas, sino que deben establecerse parámetros bajo los cuales aquéllas puedan llevarse a cabo sin suponer una amenaza para los hábitats y especies, y, a la vez, potenciar e impulsar las que favorezcan su conservación.

IV. LOS APARTADOS 3 Y 4 DEL ARTÍCULO 6 DE LA DIRECTIVA DE HÁBITATS Y SU REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Prefacio

Más allá de las medidas positivas a implantar en la Red vistas con anterioridad —artículo 6.1) y 2)—, la Directiva de Hábitats también introduce medidas negativas, en el sentido de impedir la ejecución de planes o proyectos que puedan constituir un deterioro del espacio Natura 2000 y sus objetivos de conservación, y que se aplican igualmente a las ZEPA en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva de Hábitats. Así, los apartados 2 a 4 de este artículo 6 de la Directiva de Hábitats, regulan esta cuestión —transpuestos a

por la aprobación por parte de Aragón de una considerable cantidad de planes que se encontraban en tramitación. Puede consultarse así el Decreto 13/2021, de 25 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se declaran las Zonas de Especial Conservación en Aragón, y se aprueban los planes básicos de gestión y conservación de las Zonas de Especial Conservación y de las Zonas de Especial Protección para las Aves de la Red Natura 2000 en Aragón.

(17) De hecho, se detecta una cierta litigiosidad, como anticipara GALLEGO BERNAD (2014: p. 187), que desemboca en un goteo de sentencias anulando algunos de estos planes de gestión. Paradigmática es a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2020 (CENDOJ: STS 1706/2020-ECLI: ES:TS:2020:1706), que confirma en lo sustancial la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 19 de junio de 2018, que anulaba una parte esencial de los 75 planes de gestión de la Red en esa comunidad, que se habían aprobado de forma simultánea a través de un único Decreto de 2015. Puede verse un comentario a esta sentencia en BLASCO HEDO (2020).

nuestro ordenamiento en los apartados 3 a 7 del artículo 46 de la LPNB de 2007—.

Tal y como ha quedado apuntado más arriba, el éxito de la Red Natura 2000, no pasa por la prohibición sistemática de toda actividad antrópica en estos espacios y sus alrededores, fundamentalmente debido a la magnitud de superficie afectada en nuestro país. Piénsese además en la desigual afección territorial de Natura 2000, sobre todo en entornos despoblados, que aportarían una mayor cantidad de territorio a la Red, viendo cercenadas sus posibilidades de desarrollo. Desde luego la creación de Natura 2000 no responde al esquema de calificación como espacio natural y consecuente prohibición radical de toda actividad humana, como sí que lo supondría, a modo de ejemplo, su clasificación como reserva natural —artículo 32 de la LPNB de 2007—, figura en la cual casi cualquier actividad queda vetada. Más bien, lo que se trata es de permitir —incluso favorecer— aquellas actividades que no sólo resultan inocuas para los fines de conservación de hábitats y especies, sino que incluso pueden favorecer su mantenimiento y mejora. Piénsese en toda clase de actividades tradicionales, cuyo ejercicio han mantenido extensas superficies en un estado tal que lo han hecho ser acreedores de su integración en Natura 2000.

Pero evidentemente, hay que evitar de la manera más eficaz posible aquellas actividades que sí constituyan un perjuicio en esos hábitats y especies bajo protección de la Directiva de Hábitats. En este sentido, el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats es claro, al expresar que cualquier plan o proyecto (18) que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, debe someterse a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación. De esta manera, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado que, a la vista de las conclusiones de la evaluación, no se va a causar perjuicio a la integridad del lugar en cuestión.

Así las cosas, todo plan o proyecto que cause perjuicio a la integridad del espacio Natura 2000, debe quedar vetado. No obstante lo anterior, se permite —6.4 de la Directiva de Hábitats— que pueda llevarse a cabo la ejecución del plan o proyecto, pese a las conclusiones negativas de la evaluación, siempre y cuando: (i) no existan soluciones alternativas; (ii) concurran

(18) En el ordenamiento español —artículo 46 de la LPNB de 2007—, junto a los términos «plan» y «proyecto», aparece el término «programa», que no es citado en el artículo 6 de la Directiva de Hábitats (tan solo en uno de los considerandos). En cualquier caso, este término de «programa» sería equiparable al de «plan», por lo que prescindo en lo sucesivo a nombrarlo.

razones imperiosas de interés público de primer orden; y (iii) se adopten las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000.

Además, en caso de que el lugar considerado albergase un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios (19), se establece un sistema de protección reforzada, pues sólo pueden alegarse razones imperiosas de interés público de primer orden relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas.

Hay que tener en cuenta que estos apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats, constituyen en cierta manera un régimen de autorización, a través del cual se fijan las circunstancias en las que es posible permitir o no la ejecución de un plan o proyecto, incluso cuando cuente con efectos negativos en un espacio Natura 2000, tal y como señala la COMISIÓN EUROPEA (2019: p. 23) (20).

Ambos apartados (3 y 4) del artículo 6 de la Directiva de Hábitats, se abordan a continuación, atendiendo esencialmente a las numerosas sentencias dictadas por el TJE en aplicación de los mismos, que permiten interpretar el alcance y características principales de este régimen autorizador.

2. El apartado 3 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats y la «evaluación adecuada». Requisitos para su aplicación

A la vista del contenido del apartado 3 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats —artículo 46.4 de la LPNB de 2007— son varios los factores y condicionantes que deben ser examinados, a fin de determinar si el plan o proyecto causa o no perjuicio a la integridad del espacio Natura 2000. Así:

(19) Los tipos de hábitat naturales prioritarios son aquéllos que están amenazados de desaparición en el territorio de la Unión Europea y cuya conservación supone una responsabilidad especial para la UE. Especies prioritarias, son aquellas que, estando en peligro, su conservación supone una especial responsabilidad para la comunidad. A este respecto, hay que tener en cuenta que la Directiva de Aves no realiza calificación alguna de ninguna ave como especie prioritaria, por lo que se quedaría fuera de este supuesto de consulta previa a la Comisión Europea. Sobre esta cuestión puede verse a GALLEGO BERNAD (2017: p. 32).

(20) Y en cuanto a la relación de estos apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats con el apartado 2, puede citarse la sentencia del TJE de 15 de mayo de 2014 —asunto C-521/12—, párrafo 19, al declarar que «en su sentencia Sweetman y otros (C-258/11, EU:C:2013:220, apartado 32), el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del artículo 6 de la Directiva “hábitats” deben interpretarse como un conjunto coherente a la luz de los objetivos de conservación perseguidos por esta Directiva. En efecto, los apartados 2 y 3 de este artículo tienen por objeto garantizar el mismo nivel de protección para los hábitats naturales y los hábitats de especies, mientras que el apartado 4 de dicho artículo se limita a establecer una excepción a la segunda frase de dicho apartado 3».

a) *Cualquier plan o proyecto que no tenga relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma debe someterse a evaluación, cuando pueda afectar de forma apreciable al lugar Natura 2000.*

En primer lugar, lo que hay que determinar es a que se está haciendo referencia con los términos «proyecto» y «plan». Comenzando con el término «proyecto», hay que puntualizar previamente que su caracterización jurídica no tiene por qué coincidir exactamente con el término «proyecto» contemplado en la legislación de evaluación ambiental, tal y como señala GARCÍA URETA (2019: p. 40) (21). Sobre este mismo aspecto puede verse a la COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 33), al afirmar que «la palabra proyecto debe interpretarse en un sentido amplio de manera que englobe tanto las obras de construcción como otras intervenciones en medio natural». Téngase en cuenta que si un proyecto debe ser sometido a evaluación de impacto ambiental en un suelo «ordinario», con más razón lo será en suelo incluido en Natura 2000. Pero es que, además, puede haber proyectos que, estando excluidos de esta evaluación por la normativa reguladora de las evaluaciones, deban ser examinados a la luz del apartado 3 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats.

También el término «plan» debe ser interpretado en sentido amplio, como así señala la COMISIÓN EUROPEA (2018: pp. 35-38), citando además jurisprudencia del TJE. De esta manera se incluirían los planes urbanísticos y territoriales, así como los de carácter sectorial, excluyendo, salvo excepciones, los planes que por su naturaleza sean declaraciones políticas en los que se expone la voluntad o intención política general de un ministerio o de una administración de rango inferior (22).

Pero al margen de esta amplitud con la que deben ser interpretados ambos términos, pueden existir supuestos problemáticos. Por ejemplo, una dispensa general de algunas actividades respecto de la evaluación de repercusiones sobre espacios Natura 2000, no tiene cabida bajo la luz de la Directiva de Hábitats (23). Tampoco pueden excluirse de la evaluación adecuada a aquellos planes o proyectos que hayan sido aprobados por el poder legislativo (24), ni a aquellos cuyas actividades estén sujetas a declaración previa sustitutivas de la autorización (25). Por último, no pueden excluirse planes y proyectos que

(21) Aunque, desde luego, todos los proyectos que son objeto de evaluación de impacto ambiental, deben ser considerados proyectos a los efectos del artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats, como así reconoce la sentencia del TJE de 29 de julio de 2019 —asunto C-411/17—, párrafos 122-124.

(22) Puede verse también COMISIÓN EUROPEA (2019: p. 27).

(23) Sentencia del TJE de 4 de marzo de 2010 —asunto C-241/08—, párrafo 31.

(24) Sentencia del TJE de 16 de febrero de 2012 —asunto C-182/10—, párrafos 69 y 70.

(25) Sentencia del TJE de 4 de marzo de 2010 —asunto C-241/08—, párrafos 55 y 63.

vayan a ejecutarse fuera de un espacio integrado en la Red, pero tenga repercusiones sobre el mismo (26) o se trate de proyectos de tamaño reducido (27).

No se aplica, sin embargo, el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats a aquellas obras cuya ejecución estuviera supeditada a la obtención de una autorización, pero hayan sido realizadas sin su obtención previa (esto es, obras ilegales) (28); ni tampoco a aquellos instrumentos que no lleguen a concretar el lugar en el que van a desarrollarse, sino que tal decisión de localización se pospone a un momento posterior (29).

La segunda cuestión a dilucidar es acerca de si el plan o proyecto tiene o no relación directa con la gestión del espacio Natura 2000. En caso afirmativo, o cuando la propia actividad del plan o proyecto está permitida en el instrumento de gestión del espacio, no será necesaria la evaluación del artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats —disposición adicional séptima de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental—.

En cualquier caso, conviene tener en cuenta que el hecho de que un plan tenga relación directa con la gestión del espacio, no siempre le exime de la obligación de someterse a evaluación ambiental —GARCÍA URETA (2019: pp. 42 y 43) (30)—. Al respecto, puede consultarse también a la COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 39 y 2019: p. 33), al señalar que ciertos elementos de los instrumentos de gestión, pueden resultar ajenos a la conservación, y por tanto tengan que someterse a la evaluación adecuada. Sobre esta cuestión puede consultarse también el amplio análisis de SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 168-175).

Por último, hay que examinar qué debe entenderse sobre que el plan o proyecto pueda afectar de forma apreciable al lugar Natura 2000, a fin de

(26) Sentencia del TJE de 29 de julio de 2019 (asunto C-411/17), párrafo 136 o sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de mayo de 2012 (CENDOJ: STSJ CL 1472/2013-ECLI:ES:TSJCL:2013:1472).

(27) Sentencia del TJE de 13 de diciembre de 2007 —asunto C-418/04—, párrafo 244 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 24 de julio de 2012 (CENDOJ: STSJ BAL 908/2012-ECLI:ES:TSJBAL:2012:908).

(28) Sentencia del TJE de 10 de noviembre de 2016 —asunto C-504/14—, párrafo 122.

(29) Caso del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos en varias zonas próximas a las Islas Canarias. En este sentido puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 —CENDOJ: STS 2746/2014-ECLI:ES:TS:2014:2746—, que no anula el Real Decreto por no concretarse aún si los permisos afectarán o no a Natura 2000.

(30) Resulta muy interesante la sentencia del TJE de 4 de marzo de 2010 —asunto C-241/08—, la cual considera que los contratos Natura 2000 (firmados con propietarios para la consecución de objetivos de conservación del lugar) no tienen por qué ser considerados *per se* que tienen relación directa con la gestión del lugar.

dilucidar si resulta o no preceptiva su «evaluación adecuada». Al margen de la definición que se hace de «efectos apreciables» en el artículo 5.1.b) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (31), hay que destacar al respecto que, en caso de duda sobre la posible afección apreciable, debe procederse a su evaluación, en virtud del (omnipresente en el derecho ambiental) principio de cautela, tal y como indican las sentencias del TJE de 7 de septiembre de 2004, asunto C-127/02 y de 11 de abril de 2013, asunto C-258/11. Puede consultarse también sobre la aplicación del principio de cautela en estos supuestos, lo manifestado por la COMISIÓN EUROPEA (2000: pp. 34 y 35; 2012: pp. 3 y 4). Como señala GARCÍA URETA (2006: p. 724), basta la mera probabilidad de que se va a causar perjuicio a la integridad para que el plan o proyecto deba someterse a la adecuada evaluación prevista en el artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats (32).

Además, a fin de determinar sobre esta afección apreciable, no sólo hay que tener en cuenta el plan o proyecto objeto de examen de forma individual, sino teniendo en cuenta la combinación de sus efectos con otros (planes y proyectos que hayan concluido; que estén autorizados pero no se hayan concluido aún o que efectivamente hayan sido propuestos) (33).

b) *El concepto de «adecuada evaluación» sobre las repercusiones al lugar.*

Una vez determinados los planes y proyectos que por su probable afección a un espacio Natura 2000 deben someterse a evaluación, hay que conocer en qué modo y con qué alcance debe realizarse esta. Surge así en el artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats el concepto de «evaluación adecuada», aten-

(31) Así, se definen los «efectos apreciables» como aquellos que «pueden empeorar los parámetros que definen el estado de conservación de los hábitats o especies objeto de conservación en su lugar o, en su caso, las posibilidades de restablecimiento».

(32) Así, la sentencia del TJE de 13 de diciembre de 2007 —asunto C-418/04— se expresa en los siguientes términos —párrafo 226— al respecto del principio de cautela: «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 6, apartado 3, de dicha Directiva supe-dita la exigencia de una evaluación adecuada de las repercusiones de un plan o proyecto al requisito de que exista una probabilidad o una posibilidad de que dicho plan o proyecto afecte de forma significativa al lugar de que se trate. Teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable». Puede consultarse también, sobre este mismo aspecto, la sentencia del TJE de 17 de abril de 2018 —asunto C-441/17—, párrafo 158; y a otros autores como a RUIZ DE APOCADA ESPINOSA (2020: p. 364) o a SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 181-203).

(33) COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 43). Además, como señala la sentencia del TJE de 13 de diciembre de 2007 —asunto C-418/04—, «el hecho de que no se tenga en cuenta el efecto acumulativo de los proyectos tiene como consecuencia práctica que la totalidad de los proyectos de un determinado tipo puede quedar exenta de la obligación de evaluación, aunque, considerados conjuntamente, pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente» —párrafo 245—.

diendo a los objetivos de conservación de dicho lugar. Sobre esta cuestión, como reconoce la sentencia del TJE de 20 de septiembre de 2007 —asunto C-304/05—, la Directiva de Hábitats no define ningún método particular para realizar tal evaluación (párrafo 57). En cualquier caso, esta sentencia alude a que «dicha evaluación debe entenderse de modo que las autoridades competentes puedan tener la certeza de que un plan o proyecto no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate, ya que, cuando haya incertidumbre sobre la inexistencia de tales efectos, deberán denegar la autorización solicitada», siendo preciso «que no exista ninguna duda razonable desde un punto de vista científico» al respecto de no causar daños a la integridad del lugar —párrafos 58 y 59—.

Como señala la COMISIÓN EUROPEA (2012: p. 5), en esta evaluación «deben identificarse todos los aspectos del plan o proyecto que pueden incidir, individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, en dichos objetivos (los objetivos de conservación del ámbito)», incluyendo «todos los elementos relacionados con la integridad del espacio y la coherencia global de la red» (34).

En lo que respecta a España, el procedimiento para evaluar las repercusiones negativas sobre el espacio Natura 2000 y sus objetivos de conservación se ha reconducido al clásico procedimiento de evaluación de impacto ambiental o de evaluación ambiental de planes y programas, aunque fruto de las obligaciones derivadas de la Directiva de Hábitats, resulte necesaria la introducción de especificidades al procedimiento (35).

(34) Véase también COMISIÓN EUROPEA (2018: pp. 44 a 52). Por otro lado, como señala la COMISIÓN EUROPEA (2021: p. 3), este órgano comunitario ha adoptado varios documentos de orientación sectoriales para distintos ámbitos estratégicos (energía, minería, puertos, agricultura y silvicultura), que analizan las particularidades de las evaluaciones de planes y proyectos encuadrables en estos sectores, y que podrían atenderse en caso de que afectasen también a espacios Natura 2000.

(35) Y es que, como señala la sentencia del TJE de 13 de diciembre de 2007 —asunto C-418/04— (párrafo 231), «estas dos Directivas (de evaluación de impacto ambiental y de evaluación ambiental estratégica) contienen disposiciones relativas al procedimiento de deliberación sin vincular a los Estados miembros en cuanto a la decisión y sólo se refieren a determinados proyectos y planes. En cambio, a tenor del artículo 6, apartado 3, segunda frase, de la Directiva sobre los hábitats, un plan o un proyecto sólo puede autorizarse cuando las autoridades nacionales competentes se hayan asegurado de que no causa perjuicio a la integridad del lugar. Por lo tanto, las evaluaciones en virtud de la Directiva 85/337 o de la Directiva 2001/42 no pueden sustituir al procedimiento previsto en el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva sobre los hábitats». Una muestra de estas modulaciones o especificidades a las que me refiero, pueden ser, a modo de ejemplo, los apartes que se efectúan en los Anexos IV y VI de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Sobre esta cuestión puede consultarse a RUIZ DE APOCADA ESPINOSA (2020: pp. 358, 360 y 368-371), y el análisis jurisprudencial y doctrinal citado por este autor, así como lo señalado por la COMISIÓN EUROPEA (2000: pp. 36-38 y 2018: pp. 44-52).

A modo de ejemplo, determinados planes o proyectos pueden ser excluidos de esta evaluación ambiental por razones vinculadas a la defensa nacional y emergencia civil o por afectar a infraestructuras críticas —artículo 8 (apartados 1, 2 y 3) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental—, y sin embargo afectar a espacios Natura 2000. El 6.3 de la Directiva de Hábitats, en definitiva, no contempla supuestos de exclusión por estas razones, por lo que deben seguir sometiéndose a la «evaluación adecuada» de constante referencia (36).

De esta manera, prevé este mismo artículo 8 (apartado 5) la realización por el promotor de una evaluación de las repercusiones sobre los espacios Red Natura 2000 (37), siendo que si se acredita que el plan o proyecto, causa un perjuicio a la integridad de algún espacio Natura 2000, el procedimiento deberá sustanciarse conforme a lo regulado en los apartados 4 a 7 del artículo 46 de la LPNB de 2007. Esto es, por los apartados 3 y 4 de la Directiva de Hábitats (38).

Volviendo al concepto general de «evaluación adecuada», en resumen, los planes y proyectos deben examinarse contando con una calidad técnica y científica, debiendo asegurarse la administración de que no se va a causar perjuicio al lugar —GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ (2017: p. 54) (39)—. Así, SÁNCHEZ

(36) En materia de defensa nacional, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2014 —CENDOJ: STS 490/2014-ECLI:ES:TS:2014:490 y CENDOJ: STS 662/2014-ECLI:ES:TS:2014:662—, en cuanto obliga a aplicar los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats a proyectos vinculados a este ámbito competencia del Estado.

(37) Para ello, «el promotor elaborará un informe de repercusiones sobre los hábitats y especies objetivo de conservación de los espacios afectados, incluyendo las medidas preventivas, correctoras y compensatorias Red Natura 2000 adecuadas para su mantenimiento en un estado de conservación favorable, y un esquema de seguimiento ambiental, y el órgano sustantivo consultará preceptivamente al órgano competente en la gestión de los espacios Red Natura 2000 afectados, para remitir posteriormente el informe junto con la consulta al órgano ambiental, al objeto de que éste determine, a la vista del expediente, si el plan, programa o proyecto causará un perjuicio a la integridad de algún espacio Red Natura 2000». Además, continúa este apartado señalando que «en casos de fuerza mayor, reacción ante catástrofes o accidentes graves, parte o todas las actuaciones señaladas en el párrafo anterior podrán realizarse *a posteriori*, justificándose dichas circunstancias en la aprobación del proyecto».

(38) Bien es cierto que, a juicio de GARCÍA URETA (2019: pp. 11-13), esta disposición nacional no acaba de casar completamente con la Directiva de Hábitats. Téngase en cuenta que, como indica SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: p. 148), «las excepciones recogidas en las Directivas específicas de evaluación de proyectos y de planes y programas no serán de aplicación a los fines de la Directiva de Hábitats» —ver también a estos efectos el amplio examen efectuado en las pp. 211-236—.

(39) Continúa este autor señalando que la carga de la prueba al respecto de que no se causa perjuicio al espacio Natura 2000 recae sobre la administración (siguiendo la jurisprudencia del TJE). No obstante, nos advierte que «como no se pruebe suficientemente que la evaluación de impacto ambiental no ha sido adecuada, las posibilidades de anular la

GONZÁLEZ (2021: pp. 260-353), con extenso análisis jurisprudencial del TJE, alude a los requisitos o criterios que han de cumplirse, que resumidamente son los siguientes (40):

- (i) Los perjuicios causados deben identificarse a la luz de los mejores conocimientos científicos.
- (ii) Deben evaluarse los efectos sinérgicos y acumulativos de todos los planes y proyectos que puedan afectar al espacio, incluyendo los que estén fuera.
- (iii) Tener como fundamento los objetivos de conservación del lugar (41).
- (iv) No será la evaluación apropiada cuando falte información o datos fiables.
- (v) La evaluación no debe contar con lagunas.

c) Debe asegurarse que la ejecución del plan o proyecto no va a causar perjuicio a la integridad del lugar en cuestión.

Finaliza remarcando el artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats que sólo se declarará la conformidad con el plan o proyecto, cuando se haya asegurado en la evaluación que no se va a causar perjuicio a la integridad del lugar Natura 2000. En el ordenamiento español, se completa esta cuestión aludiendo a que «los criterios para la determinación de la existencia de perjuicio a la integridad del espacio serán fijados mediante Orden del Ministro

misma se ven muy reducidas, pues en muchos órganos judiciales y también académicos sigue la inercia de la aplicación de principios como la presunción de veracidad —y acierto— de las autoridades administrativas apoyada en la más que acrisolada objetividad de los técnicos de la Administración, o la aplicación de la institución de la discrecionalidad administrativa a la Evaluación de Impacto Ambiental, algo que, por fortuna el Tribunal Supremo ya ha corregido, como se expondrá. No obstante, falta ahora que los Juzgados y Tribunales inferiores se lean las sentencias del Alto Tribunal». Idea que repite en este mismo trabajo (pp. 56-57). Sobre esta cuestión puede consultarse también a SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 396-402).

(40) Véase, a modo de ejemplo, la sentencia del TJE de 24 de noviembre de 2011 —asunto C-404/09—, párrafos 100 y 105, que afectaba a la mina de carbón a cielo abierto en Alto Sil en España; la sentencia del TJE de 16 de febrero de 2012 —asunto C-182/10—, párrafo 67; la sentencia del TJE de 11 de abril de 2013 —asunto C-258/11—, párrafos 40-44. En el plano nacional también se han desechado algunas evaluaciones por, a modo de ejemplo, no haber tenido en cuenta las afecciones sobre tendidos eléctricos en un línea férrea de alta velocidad, no considerando que se haya realizado una «evaluación adecuada» (sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2006 —CENDOJ: SAN 5598/2006-ECLI:ES:AN:2006:5598— y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010 —CENDOJ: STS 3263/2010-ECLI:ES:TS:2010:3263—).

(41) Cabe advertir, como señala GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ (2017: pp. 54 y 55), que en algunos supuestos no es posible conocer con plena seguridad (atendiendo a la naturaleza de los planes y proyectos, y distinguir qué es norma y qué no de los mismos) cuáles son estos objetivos de conservación.

de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, oída la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente» (42).

Al respecto de lo que debe entenderse por no causar «perjuicio a la integridad», puede consultarse a RUIZ DE APOCADA ESPINOSA (2020: pp. 367 y 368), teniendo en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado. En cualquier caso, como señala la sentencia del TJE de 26 de octubre de 2006 —asunto C-239/04—, se entiende que la ejecución del plan o proyecto, no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar, «cuando no exista ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos» —párrafo 20—. Manifestación, de nuevo, del principio de cautela al que antes hacía referencia.

3. El apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats. Requisitos para su aplicación

Lo visto en el subepígrafe anterior nos ha dejado claro que la regla general es que sólo pueden autorizarse planes o proyectos que no causen perjuicio a la integridad de los lugares Natura 2000. No obstante, el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats ampara que el plan o proyecto pueda llegar a ejecutarse si, amén de otros requisitos, concurren razones imperiosas de interés público de primer orden que obliguen (o justifiquen) a su realización. La aplicación de esta excepción, a fin de garantizar que la coherencia global de la Red se mantenga intacta, llevará aparejada la obligación de adoptar cuantas medidas compensatorias resulten necesarias.

Dada la considerable extensión de la Red Natura 2000 en España, este mecanismo de excepcionalidad de admisión de usos y actividades incompatibles con los valores ambientales a proteger en la Red, puede considerarse algo frecuente, si bien no puede hablarse de cotidianidad en su aplicación. Piénsese, por ejemplo, en grandes infraestructuras de carácter lineal (líneas férreas, autopistas, etc.). No obstante, la excepcionalidad del 6.4 de la Directiva de Hábitats, repercute en la obligación de que su aplicación sea restrictiva, como así ha señalado la jurisprudencia del TJE (43), y reclaman GARCÍA URETA

(42) Orden ministerial que no consta que se haya aprobado por el momento. No obstante, existe publicada una Guía metodológica de evaluación de impacto ambiental en Red Natura 2000, que recoge los criterios utilizados por la Subdirección General de Biodiversidad y Medio Natural para la determinación del perjuicio a la integridad de Espacios de la Red Natura 2000 por afección a Hábitats de interés comunitario. https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/criteriossgbymnperjuiciohabitats_tcm30-481533.pdf (última consulta el 7 de junio de 2022).

(43) Puede citarse a este respecto la sentencia del TJE de 26 de octubre de 2006 —asunto C-239/04—, párrafo 35 o la sentencia del TJE de 20 de septiembre de 2007 —asunto C-304/05—, párrafo 82.

(2006: p. 712), GALLEGO BERNAD (2014: p. 314) o SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: p. 512)— (44).

Ahora bien, cabe advertir primeramente que la aplicación del supuesto excepcional previsto en el 6.4 de la Directiva de Hábitats, debe partir imperativamente de la realización previa de la evaluación adecuada prevista en el 6.3. Esto es, debe respetarse el orden secuencial entre los apartados 3 y 4 del artículo 6 —COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 56 y 2019: p. 39)— (45).

En cualquier caso, la aplicación de este apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats conlleva la concurrencia de una serie de requisitos y exigencias que pasan a examinarse a continuación, atendiendo de nuevo a la intensa labor de interpretación llevada a cabo por el TJE, debido a la numerosa casuística que ha derivado de su aplicación a lo largo de los años. Así:

a) *Se tiene que constatar la ausencia de soluciones alternativas.*

Tal y como señala la sentencia del TJE de 26 de octubre de 2006 —asunto C-239/04—, párrafo 36, la realización de un plan o proyecto a la luz del artículo 6.4, está supeditada como primer requisito a que se demuestre la inexistencia de soluciones alternativas, incluyendo aquéllas que se sitúen fuera del lugar Natura 2000 —párrafo 37—. A juicio de la COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 42 y 2012: p. 7), este análisis de alternativas debe haberse efectuado en la «evaluación adecuada» a la que antes se hacía referencia (46). Además, con

(44) En este mismo sentido, puede consultarse a la COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 42).

(45) Así, como declara la sentencia del TJE de 20 de septiembre de 2007 —asunto C-304/05—, párrafo 83, «en efecto, la determinación de estas repercusiones a la luz de los objetivos de conservación del lugar en cuestión constituye un requisito previo indispensable para la aplicación de dicho artículo 6, apartado 4, ya que, a falta de esta información, no cabe apreciar si se cumplen los requisitos para aplicar esta excepción. En efecto, el examen de si concurren eventualmente razones imperiosas de interés público de primer orden y de si existen alternativas menos perjudiciales requiere una ponderación con respecto a los perjuicios que el plan o proyecto considerado causen al lugar. Además, con objeto de determinar la naturaleza de eventuales medidas compensatorias, los perjuicios causados a este lugar deben ser identificados con precisión». Ver a este respecto también la sentencia del TJE de 24 de noviembre de 2011 —asunto C-404/09—, párrafo 109; la sentencia del TJE de 15 de diciembre de 2011 —asunto C-560/08—, párrafo 138; la sentencia del TJE de 11 de septiembre de 2012 —asunto C-43/10—, párrafo 114; la sentencia del TJE de 14 de enero de 2016 —asunto C-399/14—, párrafo 57; la sentencia del TJE de 21 de julio de 2016 —asuntos acumulados C-387/15 y C-388/15—, párrafos 61 y 64 o la sentencia del TJE de 16 de julio de 2020 —asunto C-411/19—, párrafo 51.

(46) Aunque, como afirma SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: p. 527) con cita de jurisprudencia del TJE, «solo podrán examinarse las soluciones alternativas cuando las conclusiones de la evaluación ambiental efectuada son negativas o produzcan dudas, y el plan o proyecto deba realizarse de todos modos. Consecuentemente, las soluciones alternativas no serán un dato a tener en cuenta por las autoridades nacionales competentes al evaluar ambientalmente el plan o proyecto». Ahora bien, continúa la misma autora (p. 528), ello no obsta para que las

cita de jurisprudencia del TJE, la COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 57) también advierte de la necesidad de que se estudien con el mismo nivel de detalle todas las soluciones alternativas posibles que cumplan los objetivos del plan o proyecto. Y es que, según palabras de GALLEGO BERNAD (2014: p. 320), la Comisión ha revelado algunas carencias al respecto del análisis de alternativas (47).

Por último, a la hora de efectuar el análisis de alternativas, y de descartarlas, podrá ser tomado en consideración el elevado coste económico que conlleve su ejecución, pero esta cuestión no podrá tener el carácter de factor determinante, tal y como señala la sentencia del TJE de 16 de julio de 2020 —asunto C-411/19—, párrafo 41.

b) *Tienen que concurrir razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de índole social y económica.*

El segundo requisito a la hora de aplicar la excepcionalidad prevista en el 6.4 de la Directiva de Hábitats, es que la ejecución del plan o proyecto deba realizarse por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica. El problema es que no se define lo qué es razón imperiosa de interés público de primer orden, como la propia Comisión Europea reconoce (48), aunque quepa puntualizar de modo previo que, estos

soluciones alternativas sean ya indicadas en la evaluación ambiental. A este respecto, puede consultarse la sentencia del TJE de 4 de marzo de 2010 —asunto C-241/08—, párrafos 70-73.

(47) Además, esta misma autora (pp. 321-323) detecta una disparidad en cuanto al rigor con el que los órganos jurisdiccionales controlan esta cuestión del análisis de soluciones alternativas, siendo los tribunales españoles más laxos, además de atribuir la carga de la prueba de la inexistencia de alternativas al recurrente. En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 525-526) advierte que «aunque será la autoridad competente la que tendrá la obligación de asegurar la no existencia de otras alternativas, y el promotor pueda simplemente facilitarle la tarea, en la práctica la autoridad se limita, en muchas ocasiones, a analizar las alternativas que el promotor le propone».

(48) COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 43; 2012: p. 7 y 2018: p. 58). El término «razón imperiosa de interés público de primer orden» es una expresión originaria del derecho comunitario, que se utiliza en instrumentos normativos de la Unión. Similar es la expresión «razón imperiosa de interés general» utilizada en el ámbito de la Directiva de Servicios, de construcción jurisprudencial. En la normativa ambiental española, es un término que va haciendo fortuna, que en cierta manera cabría identificar con nuestro clásico «interés público» e «interés general», aunque reforzado. Así, puede verse el artículo 19 de la LPNB de 2007, que permite contradecir o no acoger un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales cuando concurren razones imperiosas de interés público de primer orden; el artículo 61.1.c) de esta misma norma, como excepción a las prohibiciones establecidas en la regulación de la conservación *in situ* de la biodiversidad autóctona silvestre; o el artículo 50.1.c) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (en la redacción dada por la Ley 21/2015, de 20 de julio), en cuya virtud se ampara el cambio del uso forestal de terrenos incendiados en montes no catalogados, cuando, entre otros supuestos, «concurrán razones imperiosas de interés público de primer orden que deberán ser apreciadas mediante ley, siempre que se adopten las medidas compensatorias necesarias que permitan recuperar una superficie forestal equivalente a la quemada».

intereses públicos que deben concurrir, pueden ser promovidos por entidades privadas (49). Además, los planes y proyectos que vayan a acogerse a esta excepción, deben ser indispensables para proteger valores fundamentales para la vida de los ciudadanos (salud, seguridad, medio ambiente, etc.) (50). Por otro lado, de forma clara, aplicar este supuesto excepcional sin acreditar las razones imperiosas de interés público de primer orden, traerá como consecuencia la anulación del plan o proyecto de que se trate (51).

Conforme al ordenamiento español, la concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden sólo podrá declararse para cada supuesto concreto mediante una ley o por acuerdo del Consejo de Ministros, cuando se trate de planes o proyectos que deban ser aprobados o autorizados por la Administración General del Estado, o del órgano de Gobierno de la comunidad autónoma. Acuerdo que, en todo caso, deberá ser motivado y público. Todo ello de conformidad con el apartado 5 del artículo 46 de la LPNB de 2007.

La casuística de razones imperiosas de interés público de primer orden invocadas a fin de ejecutar planes y proyectos en espacios Natura 2000, es variada y heterogénea, y resulta difícil extraer de ellas puntos en común más allá del caso concreto y de lo ya manifestado hasta el momento (52).

(49) Sobre la admisión de proyectos privados, puede consultarse la sentencia del TJE de 16 de febrero de 2012 —asunto C-182/10—, párrafo 77. No obstante, la COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 44 y 2018: p. 59), alude a la necesidad de que sea de «primer orden», interpretando que no es suficiente cualquier tipo de interés público de naturaleza social o económica, habida cuenta de la importancia específica del interés protegido por la Directiva de Hábitats. Además se exige que se trate de un interés a largo plazo. Puede verse también al respecto a GALLEGO BERNAD (2014: pp. 324-325).

(50) COMISIÓN EUROPEA (2012: p. 12). Continúa añadiendo este órgano europeo que estarían incluidas también aquellos planes o proyectos que resulten indispensables «en el marco de políticas fundamentales para el Estado o la sociedad, y en el marco de la realización de actividades de naturaleza económica o social para cumplir obligaciones de servicio público específicas». Véase también COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 59).

(51) Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 (CENDOJ: STS 942/2013-ECLI:ES:TS:2013:942) y sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (CENDOJ: STS 3272/2016-ECLI:ES:TS:2016:3272).

(52) Pueden citarse algunos ejemplos de la jurisprudencia del TJE: (i) actuaciones para poner en marcha regadíos y abastecimiento de agua a la población, en un proyecto de desviación de aguas —sentencia de 11 de septiembre de 2012 (asunto C-43/10)—. La ampliación de regadíos también se ha utilizado en España (*Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* número 5755, de 15 de noviembre de 2011, en el canal Segarra-Garrigues)—; (ii) la garantía de suministro eléctrico —sentencia del TJE de 29 de julio de 2019 (asunto C-411/17), párrafo 159—, etc. No se admite, por el contrario, como razón imperiosa, la construcción de un centro administrativo privado —sentencia del TJE de 16 de febrero de 2012 (asunto C-182/10), párrafos 75-78—. En el plano nacional, también pueden citarse algunos ejemplos de reconocimiento de razones imperiosas de interés público de primer orden: (i) la construcción de una presa en Zaragoza, por motivos socioeconómicos; asegura-

Para finalizar, hay que tener en cuenta que en el supuesto en que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritaria, señalados como tales en los anexos I y II, únicamente se podrán alegar razones imperiosas relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, las relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente u otras razones imperiosas de interés público de primer orden, previa consulta a la Comisión Europea (53).

miento del abastecimiento de agua y seguridad ante avenidas (presa de Mularroya. Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 2014); (ii) sistema de suministros embalse Cenajo a la Mancomunidad Canales de Taibilla (Región de Murcia), alegando razones de salud humana (Declaración de Impacto Ambiental publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 49, de 25 de febrero de 2010); (iii) la construcción de una autopista conectando la M-50 con la N-IV (sentencia del Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2004 —CENDOJ: SAN 1003/2004-ECLI:ES:AN:2004:1003—); (iv) la ejecución de una línea férrea de alta velocidad en la provincia de Almería (sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2013 —CENDOJ: SAN 4801/2013-ECLI:ES:AN:2013:4801—). Por otro lado, es muy habitual que, en materia de infraestructuras viarias, se alegue la mejora en la seguridad vial como razón imperiosa, vinculada con la seguridad pública. No obstante, en algunos supuestos la «seguridad vial» no es considerada razón imperiosa, al no identificarla con este concepto de «seguridad pública». Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012 —CENDOJ: STS 3594/2012-ECLI:ES:TS:2012:3594—; o de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2011 —CENDOJ: STS 430/2011-ECLI:ES:TS:2011:430—, sólo que en este caso también concurría que era un lugar prioritario y la Comunidad Autónoma de Madrid no había solicitado el preceptivo informe a la Comisión Europea. En ocasiones, la «seguridad vial» se vincula con razones de salud (para la fluidez de los vehículos de emergencia sanitaria; otros usuarios y maquinaria invernal). Es el caso del ensanche de una carretera que transcurre por zona montañosa (Acuerdo de 6 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se declara la concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden en el Proyecto de Ensanche y Mejora de la Carretera AS-227, Puente de San Martín-Puerto de Somiedo, tramo: Aguasmestas-Pola de Somiedo, alternativa 1. Publicado en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* número 53, de 18 marzo 2019). Por último, destacar que la «defensa nacional» puede ser considerada como razón imperiosa de interés público de primer orden, pero no es algo automático, sino que habrá de aplicarse el mismo procedimiento de los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats. Así, pueden verse sendas sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2014 —CENDOJ: STS 490/2014-ECLI:ES:TS:2014:490 y CENDOJ: STS 662/2014-ECLI:ES:TS:2014:662—, que ya han sido citadas con anterioridad a la hora de analizar qué planes y proyectos deben evaluarse conforme al 6.3 de la Directiva de Hábitats.

(53) Aunque esta consulta sea obligatoria, tempranamente la Comisión Europea interpretó que el dictamen emitido no tendría efectos jurídicos vinculantes, siendo deseable, no obstante que, en caso de dictamen negativo, «es lógico esperar que en la decisión se hable de los argumentos de la Comisión y se explique por qué no se ha seguido su dictamen. Sea como fuere, la Comisión puede controlar la conformidad de la ejecución del plan o proyecto con el Derecho comunitario y, si resulta necesario, emprender las acciones legales oportunas» —COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 50 y 2012: p. 24)—. Como ejemplo de este tipo de dictámenes, puede citarse el Dictamen de la Comisión Europea en relación a la construcción del nuevo puerto de Granadilla (Tenerife). Sobre los avatares de esta polémica obra, recientemente ejecutada, puede consultarse el trabajo de LIANOS CASTRO (2021), en el que, entre otras

Como señala GALLEGO BERNAD (2014: p. 339), tampoco en este caso existe un listado de lo que debe entenderse por salud humana, seguridad pública o consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, no existiendo demasiados pronunciamientos del TJE al respecto. Téngase en cuenta, por lo demás, que una razón imperiosa de interés público de primer orden que haya sido reconocida como tal para hábitats y especies que no tengan la calificación de prioritarios, puede ser que no sea válida de cara a un lugar o especie de carácter prioritario (54).

c) *Deben adoptarse, como contrapeso a la autorización del plan o proyecto, medidas compensatorias, que serán remitidas, por el cauce correspondiente, a la Comisión Europea.*

El tercer requisito que debe concurrir para la excepcionalidad del 6.4 de la Directiva de Hábitats, es la adopción de las medidas compensatorias que resulten necesarias a fin de garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida, pese a la ejecución del plan o proyecto. Ahora bien, como señala RUIZ DE APOCADA ESPINOSA (2020: p. 380), «las medidas de compensación en cualquier caso no pueden servir como excusa para permitir el desarrollo de determinados proyectos que pueden afectar a la integridad o a los objetivos ambientales de un proyecto»; y, además, suponen el último recurso, «cuando se confirme la existencia de un efecto negativo para la integridad de un espacio Natura 2000 o no pueda excluirse tal efecto, a pesar de todas las demás medidas que se hayan adoptado para evitar o reducir los efectos perjudiciales, y una vez se decida que es preciso seguir adelante con el plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden y a falta de soluciones alternativas» —COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 61)—.

De nuevo nos enfrentamos al problema de definir qué debemos entender por el concepto «medidas compensatorias» (55). A este respecto, las medi-

cuestiones, se analiza el resultado de las medidas compensatorias adoptadas. Por otro lado, sobre el concepto «razón imperiosa de interés público de primer orden», pueden consultarse los dictámenes emitidos por la Comisión Europea en diferentes supuestos en los que se les ha presentado la opción prevista en el artículo 6.4 (2º párrafo) de la Directiva de Hábitats, en la siguiente dirección: Management of Natura 2000 sites: Guidance – Environment – European Commission (europa.eu) (Última consulta el 27 de mayo de 2022). En cuanto al contenido y procedimiento de este dictamen, puede verse también a SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 598-607).

(54) A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia que efectivamente reconoce la garantía de suministro eléctrico como razón imperiosa, y sin embargo, para hábitats y especies prioritarias, exige que sólo la necesidad de evitar una amenaza real y grave de corte de suministro eléctrico del Estado miembro pueda constituir una razón imperiosa de interés público de primer orden —sentencia del TJE de 29 de julio de 2019 (asunto C-411/17), párrafo 159—.

(55) En el apartado de definiciones de la LPNB de 2007 —artículo 3.24— se aclara que «son medidas específicas incluidas en un plan o proyecto, que tienen por objeto compensar, lo más exactamente posible, su impacto negativo sobre la especie o el hábitat afectado». En

das compensatorias son un concepto que aparece asociado a la evaluación ambiental desde su implantación (Directiva 85/337/CEE). Si bien su verdadera expansión, al menos en España, lo ha sido tras la aprobación de la Directiva de Hábitats (56). En cualquier caso, debe quedar clara la distinción de estas medidas compensatorias respecto de las medidas de mitigación que, en el marco de la evaluación ambiental del plan o proyecto, se conciben para minimizar o suprimir los efectos negativos que puedan derivarse de la ejecución del plan o proyecto, tal y como indica la COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 60 y 2019: p. 42). Además, como se señala en este mismo documento, las medidas compensatorias deben ser adicionales a las actuaciones que ya son prácticas habitual con arreglo a la Directiva de Hábitats, encuadradas en las medidas de conservación generales previstas en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats (57). Quizá la clave de la diferenciación se encuentre en que «las medidas de mitigación forman parte de las especificaciones de un plan o proyecto, es decir, son una acción más incluida en el mismo, mientras que las medidas de compensación son independientes de este» (58).

En cualquier caso, la consideración de estas medidas compensatorias debe llevarse a cabo durante el procedimiento de evaluación ambiental de planes o

otras normas ambientales también se nombran las «medidas compensatorias», sin que quepa extraer de las mismas una definición común y general para todos los casos. Puede verse así el artículo 5.1.k) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; y el artículo 50.1.c).2º párrafo de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre de Montes. Aunque no existe un listado en la normativa de medidas compensatorias, la COMISIÓN EUROPEA (2021: pp. 55 y 56) sí que ha dado algunos ejemplos de medidas compensatorias, siendo que muchas de ellas suponen en la práctica una ampliación de superficies integradas en Natura 2000. En concreto señala los siguientes ejemplos de medidas compensatorias: (i) restablecimiento o mejora de hábitats en lugares existentes; (ii) recreación del hábitat; (iii) declaración de un espacio nuevo para la Red; (iv) reintroducción, recuperación y refuerzo de especies de presa.

(56) Como señalan CARRASCO GARCÍA, ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, GARCÍA SÁNCHEZ-COLOMER y RUIZ ARRIAGA (2013: pp. 73 y 74). Según señalan estos mismos autores, «Estados Unidos y Alemania tienen la experiencia más prolongada en la aplicación de medidas compensatorias, desde la década de 1970, seguidas más recientemente por Holanda, Inglaterra y Australia».

(57) Véase también sobre la diferenciación entre medidas de mitigación y de compensación a SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 415-426). Sobre esta distinción también puede consultarse la sentencia del TJE de 25 de julio de 2018 —asunto C-164/17—, párrafo 26, al declarar que «el Tribunal de Justicia ya ha señalado que el efecto perseguido con las medidas de protección exigidas por el artículo 6 de la Directiva sobre los hábitats consiste en evitar que, mediante medidas calificadas de “mitigadoras” pero que son en realidad medidas compensatorias, la autoridad nacional competente eluda los procedimientos específicos establecidos en aquel artículo, autorizando, al amparo de su apartado 3, proyectos que causen perjuicio a la integridad del lugar de que se trate (sentencia de 21 de julio de 2016, Orleans y otros, C-387/15 y C-388/15, EU:C:2016:583, apartado 58 y jurisprudencia citada)».

(58) SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: p. 613), citando a ARAGAO y VAN RIJSWICK.

de evaluación de impacto ambiental del proyecto, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa (59), y aplicarse en la fase de planificación y ejecución que determine la evaluación ambiental. Ahora bien, es importante advertir con elevado énfasis, que estas medidas que se adopten, no pueden condicionar en modo alguno el resultado de la «evaluación adecuada» y la comprobación de si el plan o proyecto causa perjuicios a la integridad del lugar, siguiendo el procedimiento articulado en el 6.3 de la Directiva de Hábitats (60).

Ciertamente no existe en la normativa un listado que aclare qué tipo de medidas compensatorias pueden adoptarse. En cualquier caso, el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats es claro cuando indica que las medidas compensatorias deberán garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida, teniendo en cuenta que la compensación «debe referirse a los objetivos de conservación del lugar y a los hábitats y las especies perjudicados y ser proporcional desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. Asimismo, debe cubrirse adecuadamente el papel que el lugar afectado desempeña en la distribución biogeográfica» —COMISION EUROPEA (2012: p. 12 y 2018: p. 61)— (61). Además, la Comisión Europea ha dado otras pautas que sirven como referencia a la hora de optar por una de ellas. A modo de ejemplo, pueden

(59) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (CENDOJ: STS 3217/2011-ECLI:ES:TS:2011:3217).

(60) Y es que las medidas compensatorias no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de determinar si el plan o proyecto puede o no tener efectos perjudiciales sobre el espacio Natura 2000 —6.3 de la Directiva de Hábitats—, por cuanto «la posibilidad de introducir medidas compensatorias en fases anteriores altera el examen previo sobre las repercusiones significativas en tales lugares», tal y como advierte GARCÍA URETA (2019: p. 12). Así, como señala GALLEGO BERNAD (2014: p. 314), «en todo momento debe respetarse el orden de las distintas etapas establecidas en el artículo 6 de la Directiva de Hábitats. Por este motivo, constituye un fraude el que elementos del ámbito de este artículo 6.4 influyan o se tengan en cuenta, en las conclusiones de la adecuada evaluación del artículo 6.3 de la Directiva». Y en sentido similar, SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: p. 517). A este respecto puede consultarse la sentencia del TJE de 15 de mayo de 2014 —asunto C-521/12—, párrafo 29 o la sentencia del TJE de 21 de julio de 2016 —asuntos acumulados C-387/15 y C-388/15—, párrafo 48. En el plano nacional, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012 (CENDOJ: STS 3594/2012-ECLI:ES:TS:2012:3594).

(61) Así, la COMISIÓN EUROPEA (2012: p. 13) resume el alcance de las medidas compensatorias indicando que las medidas que se propongan «para un proyecto deben: a) ir dirigidas, en proporciones comparables, a los hábitats y las especies afectados negativamente; b) facilitar funciones comparables a las que en su momento justificaron la selección del lugar original, particularmente en cuanto a la situación geográfica. Así pues, no bastaría que las medidas compensatorias se aplicaran en la misma región biogeográfica y dentro del mismo Estado miembro. La distancia entre el espacio original y el lugar en el que se aplican las medidas compensatorias no constituye un obstáculo, siempre y cuando no afecte a las funciones del lugar ni a las razones que motivaron su selección inicial». Además propone otras cuestiones como el objetivo y contenidos generales de las medidas compensatorias; el contenido del programa de medidas de compensación (con inclusión de un calendario y un análisis de viabilidad técnica, jurídica y financiera); los criterios para la elaboración de las medidas compensatorias, etc.

citarse lo siguientes tipos de medidas compensatorias que refiere la Comisión: (i) la reconstitución de un hábitat en un lugar nuevo o ampliado que va a incluirse en la Red Natura 2000; (ii) la mejora de un hábitat en parte del lugar o en otro espacio de Natura 2000, en una medida proporcional a la pérdida provocada por el proyecto; y, en casos excepcionales (iii) la propuesta de un nuevo espacio con arreglo a la Directiva de Hábitats —COMISIÓN EUROPEA (2000: pp. 44-50)—.

Por otro lado, advierte SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 650-651), las «medidas compensatorias deben ser necesariamente medidas ecológicas, no medidas económicas». Y resulta irrelevante que se ejecuten en el espacio Natura 2000 afectado o en otro lugar de la Red —sentencia del TJE de 15 de mayo de 2014 (asunto C-521/12, párrafo 38)—. En otro orden de cosas, no se admiten las medidas compensatorias que vinieran preestablecidas en una Ley, como es el caso de las medidas de reforestación exigidas en la legislación de montes cuando se descataloga un monte de utilidad pública. En estos casos, se tendría que adicionar otra medida compensatoria (62).

Además, el resultado beneficioso de las medidas compensatorias a fin de garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida, deberá haberse logrado para cuando se produzca el daño, esto es, con un sentido anticipatorio. Sólo en casos excepcionales en los que resulte imposible, se admitirán exenciones a este carácter anticipado de la medida, en cuyo caso deberá ejecutarse una compensación extraordinaria por las pérdidas transitorias —COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 66 y 2019: p. 45) (63)—.

Sobre qué administración debe fijar y supervisar las medidas compensatorias, podrá ser el Estado o las comunidades autónomas. La primera, por razón de que el plan o proyecto sea de su competencia (64); las segundas, por cuanto la responsabilidad de la evaluación ambiental la tenga atribuida —aunque el

(62) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 —CENDOJ: STS 8746/2006-ECLI:ES:TS:2006:8746—.

(63) También puede consultarse a este respecto a GALLEGO BERNAD (2014: p. 331). Un ejemplo de suspensión temporal de la ejecución de las medidas compensatorias, perdiendo su sentido anticipatorio, puede verse en la Resolución de 13 de julio de 2015, de la Dirección General del Agua, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de junio de 2015, por el que se resuelve y declara exenta del cumplimiento parcial y temporal la prescripción sobre la ejecución y operatividad de las medidas compensatorias sobre la Red Natura 2000 establecida en la Resolución del Secretario de Estado de Medio Ambiente, de 19 de mayo de 2015, por la que se formula la declaración de impacto ambiental del proyecto de construcción de la presa de Mularroya, azud de derivación, conducción de trasvase y sus actuaciones complementarias, en los términos municipales de La Almunia de Doña Godina, Chodes y Ricla, en la provincia de Zaragoza. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 181, de 30 de julio de 2015.

(64) Disposición adicional séptima de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Véase al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de diciembre de 2013 —CENDOJ: STSJ CL 5773/2013-ECLI:ES:TSJCL:2013:5773—.

plan, programa o proyecto no sea de su competencia (una administración local, por ejemplo)—, de conformidad con la normativa autonómica que resulte de aplicación. Sin embargo, los costes de las medidas compensatorias deberán ser asumidos por el promotor del proyecto, en aplicación del principio «quien contamina paga» —COMISIÓN EUROPEA (2000: p. 47, 2012: p. 20 y 2018: p. 69)—.

Es difícil hacer referencia extensa a qué tipos de medidas compensatorias se han ido adoptando en aplicación de la excepción del 6.4 de la Directiva de Hábitats. Y es que un análisis exhaustivo al respecto entraña una considerable complejidad, aunque pueden citarse algunos trabajos que contemplan el examen de este tipo de medidas. Así, puede verse a CARRASCO GARCÍA, et. al. (2013: p. 74) (65) o a RUIZ DE APOCADA ESPINOSA (2020: pp. 381-382).

Muchas de estas medidas compensatorias, suponen en la práctica una ampliación de superficies integradas en Natura 2000 (66). Al respecto de este último supuesto consistente en la declaración de un nuevo espacio sustituyendo al anterior en el que se ejecutará el plan o proyecto, no puede soslayarse la especial acreditación que habrá de hacerse al respecto de no existir soluciones alternativas, pues el mismo nuevo espacio a introducir en Natura 2000 bien podría considerarse la solución alternativas más factible, al no albergar este nuevo lugar, por el momento, hábitats y especies que le hicieran ser merecedor de su integración en la Red con anterioridad (67).

(65) Constituye el trabajo de estos autores un buen análisis de las tipologías de medidas compensatorias adoptadas en España, repasando boletines oficiales. Si bien está limitado en el tiempo —desde los inicios del procedimiento de evaluación ambiental en España hasta 2011—. Estos autores, destacan, de entre todas las medidas, aquellas que comportan la adquisición pública de terrenos sustitutivos (o en las que se requiera algún poder de gestión sobre esos suelos) y las dificultades que ello entraña.

(66) Al respecto de la posibilidad de aportar nuevas superficies como medida compensatoria, hay que tener en cuenta lo indicado por GALLEGO BERNAD (2014: p. 328), en el sentido de que sólo la aportación de mayores superficies para compensar los efectos de un plan o proyecto, no tiene por qué ser siempre suficiente, al no tenerse en cuenta los efectos indirectos que la ejecución del plan o proyecto cause. También resultan muy interesantes las reflexiones de esta misma autora (pp. 331-333), y sus dudas, acerca de la posibilidad de aceptar los bancos de conservación de la naturaleza como medidas compensatorias en materia de Natura 2000. Sobre la cuestión de los bancos de conservación, puede verse también el amplio análisis de SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2021: pp. 639-646).

(67) Paradigmático es a este respecto el caso del macro complejo ubicado en Las Navas del Marqués (Ávila). Urbanización que pretendía ocupar más de 210 hectáreas, muchas de ellas en pleno espacio Natura 2000, proponiendo como medida compensatoria, la reforestación de su equivalente en superficie en una zona anexa a una ZEPA. Tal plan fue anulado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de septiembre de 2006 (CENDOJ: STSJ CL 4425/2006-ECLI:ES:TSJCL:2006:4425) —confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 (CENDOJ: STS 1612/2010-ECLI:ES:TS:2010:1612)—. En la sentencia de instancia, se declaraba, de manera ciertamente lúcida,

En cualquier caso, algún ejemplo de incrementar los espacios Natura 2000 como medida compensatoria, puede citarse. Es el caso de la recuperación de una superficie similar a la utilizada para la ampliación de un vertedero que afecta a un espacio Natura 2000 en Menorca (68); o la declaración de una nueva ZEPA de 3.000 hectáreas de extensión para compensar las 483 hectáreas perdidas por la construcción de la presa de Mularroya en Zaragoza (69).

Queda, por último, hacer referencia a la necesidad de notificar las medidas compensatorias a la Comisión Europea. Siendo que, como aclara la propia Comisión (2019: p. 51), «la información sobre las medidas compensatorias debe permitir a la Comisión evaluar el modo en que se contrarrestan los efectos perjudiciales, de tal manera que los elementos de integridad que contribuyen a la coherencia global de la Red Natura 2000 se mantengan a largo plazo. Ahora bien, no corresponde a la Comisión proponer medidas compensatorias».

En nuestro ordenamiento, esta comunicación de las medidas compensatorias, al igual que la consulta previa a la Comisión para hábitats y especies prioritarias que se ha referido con anterioridad, está centralizada a través del Ministerio con competencias en materia de medio ambiente, tal y como establece la disposición final octava (apartado 3) de la LPNB de 2007 (70).

V. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO HEDO, Eva (2020): «Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, Ponente: Octavio Juan Herrero Pina)», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 104, pp. 213-218.

«no sería más lógico y conveniente trasladar dicho proyecto al lugar donde se prevé reforestar estas 210 hectáreas, en vez de destruir los valores naturales, ambientales, paisajísticos, forestales y faunísticos que albergan en los terrenos incluidos en el sector».

(68) Acuerdo del Consejo de Gobierno del día 18 de mayo de 2007, para autorizar por razones imperiosas de interés público de primer orden que el Plan Director Sectorial de Residuos no Peligrosos de Menorca contemple la ampliación propuesta (de 8,996 ha) del vertedero del Milà. Publicado en el *Boletín Oficial de Islas Baleares* número 79, de 26 de mayo de 2007; y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de julio de 2013 por el que se aprueba la propuesta de ampliación de la lista de lugares de importancia comunitaria (LIC) con el espacio protegido Red Natura 2000 «Puig Malet y Santa Eularieta» (LIC ES5310126) (Menorca). Publicado en el *Boletín Oficial de Islas Baleares* número 98, de 13 de julio de 2013.

(69) Decreto 129/2021, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se declara la Zona de Especial Protección para las Aves ES0000553 «Hoces de Río Piedra». Publicado en el *Boletín Oficial de Aragón* número 167, de 10 de agosto de 2021.

(70) Para lo cual se aprobó la Orden AAA/2231/2013, de 25 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de comunicación a la Comisión Europea de las medidas compensatorias en materia de conservación de la Red Natura 2000 adoptadas en relación con planes, programas y proyectos, y de consulta previa a su adopción [...]. En esta Orden, se fijan los órganos competentes así como el iter temporal que debe seguirse, entre otras cuestiones.

- BLASCO HEDO, Eva y LÓPEZ PÉREZ, Fernando (2016): «Red Natura 2000: estado general de la Red en España», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2016* pp. 723-751.
- (2017): «Red Natura 2000: aproximación a los planes de gestión y su incidencia sobre los derechos e intereses privados», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, pp. 523-553.
 - (2018): «Red Natura 2000: luces y sombras de la Red en su 25 aniversario», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2018*, pp. 814-838.
 - (2019): «Red Natura 2000: infraestructura verde y el alcance de una evaluación adecuada», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, pp. 874-906.
 - (2020): «Red Natura 2000: la imparable pérdida de la biodiversidad: más de un millón de especies en peligro de extinción según el informe IPBES», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, pp. 713-739.
 - (2021): «Red Natura 2000: transición energética renovable y su repercusión en espacios Red Natura 2000», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2021*, pp. 786-815.
- CARRASCO GARCÍA, María José, ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, Álvaro, GARCÍA SÁNCHEZ-COLOMER, Manuel R. y RUIZ ARRIAGA, Sarah (2013): «Evolución de las medidas compensatorias en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental», en *Ingeniería Civil*, núm. 172/2013, pp. 73-80.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2016): «Tribunal de Justicia de la Unión Europea: nuevas claves interpretativas sobre medio ambiente», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2016*, pp. 123-147.
- (2017): «Tribunal de Justicia: la aplicación de los principios de la Unión Europea como parámetro de interpretación de las normas de la Unión», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, pp. 107-139.
 - (2018): «Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la delimitación de los derechos de los particulares en relación al medio ambiente», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2018*, pp. 119-145.
 - (2019): «Tribunal de Justicia de la Unión Europea: delimitación del alcance de la protección ambiental frente a otras políticas con incidencia en el medio ambiente», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, pp. 92-120.
 - (2020): «TJUE 2019: Retos planteados por los residuos: concepto, traslado y tratamiento, y otras pautas interpretativas del Derecho de la Unión», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, pp. 116-138.
 - (2021): «TJUE 2020: la necesaria delimitación conceptual para mejorar la protección ambiental», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2021*, pp. 98-123.

- GALLEGO BERNAD, María Soledad (2014): *La Red Natura 2000 en España. Régimen jurídico y análisis jurisprudencial*, SEO/BIRDLIFE, Madrid.
- (2017): «La Red Natura 2000 en el derecho de la Unión Europea e interno. Regulación general y cuestiones específicas», en *Aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea sobre Red Natura 2000: retos y perspectivas*, Madrid, SEO/BIRDLIFE, Madrid, pp. 10-34.
- GARCÍA URETA, Agustín (2006): «Cuestiones sobre régimen jurídico de la Red Natura 2000», en ESTEVE PARDO (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 711-726.
- (2014): «Natura 2000: deterioro, desclasificación de lugares de importancia comunitaria y derecho de propiedad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, pp. 1.505-1.523.
 - (2019): «Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 87, 46 pp.
- GARCÍA URETA, Agustín y LAZKANO BROTONS, Iñigo (2013): «Reflexiones jurídicas sobre la gestión multinivel de los lugares de la Red Natura 2000», en *Ambiente y Derecho*, núm. 11, pp. 45-61.
- GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos (2017): «Aspectos controvertidos en la evaluación de planes, programas y proyectos con afección directa o indirecta en la Red Natura 2000», en *Aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea sobre Red Natura 2000: retos y perspectivas*, Madrid, SEO/BIRDLIFE, Madrid, pp. 53-64.
- LANOS CASTRO, Ángel (2021): «Impacto ambiental del puerto de Granadilla: de incumplir las Directivas UE a imperioso interés público», en *Observatorio Medioambiental*, núm. 24, pp. 173-194.
- RUIZ DE APOCADA ESPINOSA, Ángel (2020): «La evaluación ambiental adecuada exigida sobre proyectos y planes con incidencia en Espacios Red Natura 2000», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. especial 102/2, pp. 356-387.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Jennifer (2021): *Red Natura 2000: evaluación ambiental de planes y proyectos*, Tesis doctoral. Universidad Da Coruña.

Otros documentos de interés

- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (2020), *State of Nature in the EU. Results from reporting under the nature directives 2013-2018*. Disponible en State of nature in the EU – European Environment Agency (europa.eu).
- COMISIÓN EUROPEA (2000): «Gestión de espacios Natura 2000. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE sobre hábitats». Disponible

- en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/2c9f4a14-8f97-43ac-a274-4946c142b541/>.
- (2012): «Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva sobre hábitats 92/43/CEE». Disponible en: https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_es.pdf
 - (2018): «Gestión de espacios Natura 2000— Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats». Disponible en [ES_art_6_guide_jun_2019.pdf](https://ec.europa.eu/nature/natura2000/management/docs/art6/guide_jun_2019.pdf) (europa.eu).
 - (2019): «Gestión de espacios Natura 2000. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats» (2019/C 33/01). Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125\(07\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125(07)&from=ES).
 - (2021): «Comunicación de la Comisión. Evaluación de planes y proyectos en relación con espacios Natura 2000: orientación metodológica sobre el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats» (2021/C 437/01). Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1028\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1028(02)&from=ES).
- EUROPARC ESPAÑA, «Anuario 2016 del estado de las áreas protegidas en España», 2016.
- EUROPARC-ESPAÑA, «Anuario 2018 del estado de las áreas protegidas en España», 2018.
- IPBES (2019): *The global assesment report on biodiversity and ecosystem services» (summary for policymakers)*, Bonn, Alemania. Disponible en: https://ipbes.net/sites/default/files/inline/files/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers.pdf.

LA EJECUCIÓN SUSTITUTIVA DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INGENIERÍA JURÍDICA PARA LA ARQUITECTURA ILEGAL.– II. LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS: ¿AXIOMA LÓGICO O REGLA JURÍDICA?: 1. El cauce procesal es adecuado y no hay pervivencia de privilegio administrativo alguno. 2. El sometimiento de la ejecución a plazos y la elasticidad de los mismos está justificada.– III. LA PREVENCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EN LA EJECUCIÓN MEDIANTE LA JUSTICIA CAUTELAR.– IV. LA POSIBILIDAD DE DECLARAR LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR.– V. LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR POR SUSTITUCIÓN MEDIANTE TRANSACCIÓN JUDICIAL.– VI. EL OBJETO DE LA EJECUCIÓN SUSTITUTIVA DE LAS CONDENAS AMBIENTALES: EL RECURSO A LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN Y OTRAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN.– VII. CONCLUSIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El trabajo analiza las posibilidades legales de reconducir la ejecución de sentencias condenatorias que implican el derribo de obras, infraestructuras e instalaciones vulneradoras de la legalidad urbanística y ambiental, y apuesta por introducir un punto de vista pragmático para modular los excesos derivados de una lectura radical de las normas procesales que, paradójicamente, produce daños jurídicos, económicos y ambientales. Las amplias facultades de los órganos judiciales para la conducción de la ejecución de las sentencias, la posibilidad de compensar daños ambientales y la figura de los bancos de conservación pueden favorecer la ejecución alternativa y el cumplimiento por equivalencia de ciertas condenas ambientales, sin menoscabo del interés general ni del principio de legalidad.

Palabras clave: ejecución de sentencias; proceso contencioso-administrativo; daño ambiental; bancos de conservación

ABSTRACT: *This paper analyses the legal possibilities of redirecting the enforcement of sentences that involve the demolition of works and infrastructures erected in breach of the urban and environmental regulations, rejecting a radical construction of the procedural rules that, paradoxically, produces legal, economic and environmental damage. The broad powers legally attributed to judges and courts to conduct the enforcement of sentences, the possibility of compensating environmental damage and the rouse of conservation banking can favour alternative enforcement and compliance of certain environmental sentences, without undermining the general interest or the principle of legality.*

Key words: enforcement of sentences; environmental damage; procedural rules; conservation banking

I. INGENIERÍA JURÍDICA PARA LA ARQUITECTURA ILEGAL

La «Ciudad del Medio Ambiente» (Garray, Soria) fue una instalación promovida por varias Administraciones públicas consorciadas (Junta de Castilla y León, Diputación Provincial de Soria y Ayuntamiento de Garray). El proyecto obtuvo carta de naturaleza gracias a la Ley castellanoleonésa 6/2007, de 28 de marzo, declarada nula por la STC de 5 de diciembre de 2013 a instancias de un grupo parlamentario. Para cuando decayeron los fundamentos jurídicos de la obra, su construcción, iniciada en junio de 2010, ya estaba muy avanzada, y quedó súbitamente detenida. En 2014, a instancias de una ONG (Asociación Soriana para la Defensa y Estudio de la Naturaleza – ASDEN), la jurisdicción contencioso-administrativa ordenaba además el derribo de las cúpulas desgajadas que caracterizan al polígono. Un año después la «Ciudad» se reconvertía en «Parque Empresarial» y, concluyendo un proceso contencioso-administrativo de cinco años de duración, lograba la validación judicial al más alto nivel (STS de 25 de mayo de 2020), tras defender sus promotores que los motivos ambientales que la lastraban, además de haber decaído, no podían oponerse a un interés general constituido por el desarrollo económico paliativo de la despoblación. Además, demoler la obra y abandonar definitivamente el proyecto habría supuesto un sobrecoste de unos treinta millones de euros adicional a los más de cien que importa la actual factura del proyecto (1).

La «Isla de Valdecañas» (El Gordo y Berrocalejo, Cáceres) es un complejo hotelero, deportivo y residencial declarado de interés regional por Decreto de la Junta de Extremadura 55/2007, de 10 de abril, y construido en la ribera del embalse homónimo en el río Tajo a partir de su aprobación (2). Contestado

(1) Vid. BLASCO HEDO, E.: «La desaparecida “Ciudad del Medio Ambiente” de Soria y el devenir del proyecto a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2020», *Actualidad Jurídica Ambiental* n.º. 103, 13 de julio de 2020.

(2) Vid. el demoledor relato de SALCEDO HERNÁNDEZ, J.C. y CAMPESINO FERNÁNDEZ, A.J.: «Marina Isla de Valdecañas (Cáceres): de proyecto de interés regional a liquidación por derribo», *Ería: Revista cuatrimestral de geografía* n.º 97, 2015, pp. 173-188. Entre los escombros argumentales a los que reducen el proyecto urbanístico descolla una reflexión luminosa, que trasciende al limitado propósito de este modesto trabajo y que merece la pena reservar para otros de mayor alcance: «Si la experiencia profesional demuestra que buena parte del deterioro y la ruina de los conjuntos históricos patrimoniales fue debida a la excesiva protección otorgada sin criterio a los inmuebles por el planeamiento especial ultraconservador, que hipotecó su rehabilitación, repoblación y regeneración económica, otro tanto ocurre con la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección a manta, sin razonamiento alguno, que está limitando los usos agropecuarios tradicionales, sin compensación alguna para los propietarios rurales, y bloqueando los nuevos usos industriales y turísticos del territorio. Y

judicialmente por sendas ONGs detractoras (Ecologistas en Acción y Asociación para la Defensa de la Naturaleza y los Recursos de Extremadura-Adenex), se trató de encontrar acomodo legal al proyecto mediante una modificación en 2011 de la legislación urbanística autonómica, por la que se pretendió desligar la inclusión en la Red Natura 2000 de la clasificación como suelo no urbanizable de especial protección. A pesar de ello, fue sentenciado de derribo definitivamente en 2014 (STS de 29 de enero de 2014), a pesar de hallarse casi plenamente ultimado. Invocada por las autoridades públicas defensoras del proyecto la reforma legal autonómica como causa de imposibilidad legal de ejecución, el intento de legalización parcial del complejo fue abortado por la STC 134/2019, de 13 de noviembre, por contravenir la normativa básica estatal en materia de suelo y rehabilitación urbana, haciendo decaer la causa de imposibilidad legal de ejecución. El retorno a la regulación autonómica originaria reflejó la inviabilidad de la transformación urbanística de la zona afectada, en aplicación del «principio de no regresión ambiental». Con ello se reactivaba el proceso de demolición del mismo, que fue temporalmente detenido en virtud del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30 de junio de 2020 (3). Finalmente, la demolición se ha visto reactivada

claro, puestos a desvariar, no hay que ser un experto urbanista para entender que el suelo no urbanizable protegido por sus valores patrimoniales no puede ser urbanizado, ni edificado con instalaciones ajenas al medio agropecuario y forestal, por mucho retorcimiento de la legislación autonómica que se quiera hacer a toro pasado, reinterpretando lo legalmente no interpretable, porque ofende a la inteligencia y motiva los fallos jurídicos en contrario. Devolver la isla a su estado prístino tendrá que aceptarse como fallo judicial, pero el TS dictó una sentencia de discutible cumplimiento por razones obvias de irreversibilidad».

(3) En esta resolución judicial se reconoce que demoler lo construido y restaurar plenamente la legalidad vulnerada repristinando la península lacustre supondría un coste de unos treinta y cuatro millones de euros, más ciento once en concepto de indemnizaciones compensatorias para los terceros de buena fe ex art. 108.3 LJ —propietarios de las viviendas—, cantidades todas ellas directamente incidentes en el funcionamiento de los servicios públicos autonómicos. El auto del TSJ, contrariando el informe pericial elaborado por la Estación Biológica de Doñana-CSIC (que concluía que desde un punto de vista medioambiental, mantener el complejo funcionando era diez veces más dañino que demolerlo), admite que la construcción del complejo afectó negativamente a la ZEPA, pero entiende que el funcionamiento del complejo no lo hace siempre que se adopten todas las medidas necesarias. Así pues, el auto «indulta» un hotel de cuatro estrellas, 185 viviendas, un campo de golf, un club social, 5 pistas de tenis y 10 de pádel, 2 campos de fútbol, un recinto hípico, 2 polideportivos y 76 atraques para embarcaciones, instalaciones todas ellas en funcionamiento. Opuestamente, obliga a demoler las oficinas de la promotora y el piso piloto, así como el almacén de algunas viviendas y principalmente, el esqueleto de un hotel; e impide construir las 380 villas contempladas en el proyecto original y todavía no iniciadas. El TSJ exige a la Junta de Extremadura abonar a cada una de las ONGs recurrentes una indemnización de 250.000 euros en concepto de daños morales derivados de la dilación del proceso y la inexecución parcial de las sentencias, si bien éstas deben aplicar la mitad de la compensación a iniciativas locales de mejora ambiental en el ámbito autonómico. Asimismo, impone a la Junta de Extremadura la

—jurídicamente— por la STS de 9 de febrero de 2022, abriéndose un capítulo incierto sobre el destino final del complejo, capítulo enfocado ahora en la responsabilidad patrimonial de las administraciones impulsoras del mismo.

«Meseta Ski» (Villavieja del Cerro, Tordesillas, Valladolid) fue un complejo de ocio y aventura consistente fundamentalmente en una pista de esquí seco, impulsado por la Diputación Provincial de Valladolid tras la obtención de los títulos habilitantes municipales y autonómicos entre finales de 2006 y mediados de 2007. Inmediatamente judicializado desde el inicio de su construcción a instancias de «Ecologistas en Acción», y tras sucesivos reveses, el camino jurídico para su consolidación pareció allanarse gracias a su declaración como proyecto regional al más alto nivel (Ley castellanoleonesa 6/2010, de 28 de mayo). A instancias de la presidencia del Gobierno, la STC 162/2014, de 7 de octubre, declaraba la nulidad de la ley frustrando la operación en sus términos originales. Privado de su activo principal y tras afrontar la autoridad promotora un coste de 250.000 euros en concepto de desmantelamiento de la pista y reforestación del terreno, el proyecto fue reconvertido y redominado («Meseta Sport») en 2016 sumando 1,5 millones de euros a los más de 10 invertidos hasta la fecha. Finalmente, el auto del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid de 26 de enero de 2018 avalaba el cumplimiento de la sentencia que había ordenado la restitución forestal de los terrenos.

Estos casos son solo tres exponentes de una extensa serie de obras e instalaciones que se han consolidado en España en las últimas décadas en infracción de la legislación urbanística, territorial y ambiental (sobre todo, en materia de espacios protegidos y de evaluación de impacto), y a pesar de su contestación y constatación judiciales (4). La serie es extensa, pero además, muy variada desde el punto de vista de la naturaleza y dimensiones de las obras, así como del grado de intervención o participación de las Administraciones públicas, en algunos casos promotoras y en otros, meras autorizantes, pero

aprobación de un plan de demolición, restauración y revegetación del espacio en el plazo de seis meses y su inmediata ejecución. Para ello, exige a la Administración autonómica que las medidas se individualicen y se contabilice su coste, que se asignen a responsables concretos y se periodifiquen en un calendario, y que sean supervisadas por al menos dos vigilantes que den cuenta periódica al TSJ. El programa de regeneración ambiental debe reponer el terreno no al estado prístino, sino «a un estado que permita un proceso de regeneración del bosque mediterráneo», procurando «la creación de un enclave y paisaje similares a los protegidos en la ZEPA». Adicionalmente, se concede un plazo de tres meses a la Junta de Extremadura y a los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo para que pongan en marcha las respectivas estaciones depuradoras de aguas residuales.

(4) Sobre estos casos *vid.* las crónicas anuales de VALENCIA MARTÍN (Tribunal Constitucional), GARCÍA ÁLVAREZ (Tribunal Supremo), FERNÁNDEZ SALMERÓN y GUTIÉRREZ LLAMAS (Murcia) y SANZ RUBIALES (Castilla y León) respectivamente para el *Observatorio de Políticas Ambientales* coordinado por LÓPEZ RAMÓN, desde la edición de 2012 en adelante.

siempre beneficiarias. Las condenas recaen sobre obras públicas (de todas las Administraciones territoriales) y privadas; ganan firmeza y son acatadas en diversos grados y tiempos, a veces excesivamente dilatados y tras solucionar complicaciones no menores (realojos, indemnizaciones). Pero no escasean los casos en que las condenas se conmutan, incluso mediante el recurso a una especie de remisión condicional (por ejemplo, el desdoblamiento de la carretera M-501 entre Quijorna y Navas del Rey) o tendencial (hotel de El Algarrobo en Carboneras, Almería). El derribo —total o parcial— de lo ilegalmente construido y la restitución de la realidad previa es la regla, aun torsionada por las numerosas excepciones (5). La anatomía de estos casos es bien conocida, y compuesta por los siguientes elementos: afectación a espacios protegidos o de calidad ambiental o urbanística, impulso o amparo administrativo de las obras, constatación de defectos de diseño jurídico, impugnación por agentes abanderados del interés colectivo, complicación de los procesos burocráticos y judiciales, aprobación de actos legislativos convalidatorios posteriores, invocación de intereses económicos y sociales...

Sin desconocer el daño a la seguridad jurídica que estas situaciones provocan, es preciso contemplar panorámicamente las consecuencias de un Derecho procesal —auxiliar del sustantivo— que no logra conciliar todos los derechos e intereses en conflicto. La reversibilidad de las construcciones ilegales consumadas (lo cual, dicho sea de paso, evidencia las deficiencias del sistema de tutela cautelar) puede ser más dañosa para el medio ambiente que su mantenimiento, y lo es en todo caso para las economías individuales y colectiva (fiscal) de los agentes implicados. Una victoria procesal en términos

(5) Fuera del campo ambiental, en el próximo campo patrimonial-monumental, cabe referir la experiencia de la rehabilitación del teatro romano de Sagunto, relatada por MUÑOZ MACHADO, S.: *La resurrección de las ruinas*, Civitas, 2010. El asunto debería haber concluido con la reversión de la intervención iniciada en 1988, pero un auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de abril de 2009, declarado firme por ATS de 29 de octubre de 1999, respaldó la inexecución de la STS de 16 de octubre de 2000 que había declarado ilegal la rehabilitación del teatro por entender que en realidad era una reconstrucción vetada por la ley estatal de patrimonio histórico. Sin embargo, el TSJ apreció la imposibilidad legal de repristinar un monumento «indultado» por una modificación operada en 2007 de la ley valenciana de patrimonio cultural que introdujo la posibilidad de reconstrucción de cualquier monumento a partir de sus ruinas siempre que existiera alguna pervivencia de elementos originales o conocimiento documental suficiente. El TSJ consideró los diferentes informes presentados por los técnicos de la Generalitat y las comisiones interdisciplinares formadas por Cultura donde se aludía al estado de ruina del monumento, las numerosas intervenciones sufridas durante siglos, la recuperación del espacio para usos escénicos, la puesta en valor histórico y artístico del monumento, el cumplimiento de la legislación, los procedimientos formales, el respeto al componente material. El pronunciamiento del TSJ fue concluyente: «Con la normativa actual (la rehabilitación del teatro romano) no sería contraria a Derecho... el teatro, en ejecución de nuestro auto, podría ser demolido en las partes que cita el mismo y al día siguiente levantarse exactamente igual y sería legal, de ahí, que el art. 105.2 para evitar absurdos de esta magnitud haya previsto la imposibilidad legal».

de justicia focal puede suponer una derrota en términos de justicia sinóptica. El transcurso del tiempo, la realización de costosas actividades técnicas y, en definitiva, el tejido de la maraña procesal, entrañan un consumo desbordante de recursos sin que el éxito esté garantizado o, lo que es peor, con un éxito garantizado a costa de la destrucción gratuita de riqueza, la generación de residuos de la demolición y la frustración de proyectos vitales.

El dilema está servido, y ninguna de las soluciones posibles parece satisfactoria: o se sacrifica la obra ilegal como víctima propiciatoria de la legalidad urbanística y ambiental, o bien se preserva como reliquia cubierta con el manto de la equidad, en detrimento de la capacidad disuasoria de la disciplina urbanística. Ante este dilema lógico pero con gravosas implicaciones sociales, económicas y ambientales, es posible hallar en el ordenamiento soluciones procesales y sustantivas para reconstruir la legalidad sin destruir el producto de las conductas ilegales, convirtiendo la no restauración de la legalidad en una reestructuración de la disciplina. El objetivo es conjugar el mínimo de tolerancia exigible con el máximo de función de prevención general del Derecho. En el campo de lo procesal se propone en este texto avanzar en la flexibilización del sistema de ejecución de las condenas contencioso-administrativas en materia ambiental; en el campo sustantivo, la propuesta pasa por flexibilización se instrumente por medio de «créditos de conservación de la naturaleza» en el marco de los *non nati* «bancos de conservación de la naturaleza», habilitando espacios para su activación y desarrollo, lamentablemente tan demorada en el tiempo.

II. LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS: ¿AXIOMA LÓGICO O REGLA JURÍDICA?

No es preciso discurrir extensamente sobre la problemática asociada a la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, problemática resumible de este modo: la cuestión es objeto de una regulación con diversas carencias, que es a su vez objeto de una aplicación trabajosa y nunca del todo satisfactoria. Los académicos denuncian la ineficacia del sistema basándose en datos numéricos, en razones de principio, en análisis jurisprudenciales y hasta en experiencias propias o meras percepciones. El sentimiento general de la doctrina es de recelo ante la parquedad de la regulación y su desequilibrio a favor de la Administración, de lamento por las insuficiencias del cauce procesal que la articula, y de frustración ante la contumacia administrativa y a la inercia judicial que la consiente y que, en último término, la fomenta (6).

(6) En este contexto, resultan muy estimables las propuestas tendentes a remediar las carencias y los efectos de una regulación reactiva y maximalista, formuladas primero por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (evocando la experiencia francesa en materia de contencioso urbanístico), y luego por FERNÁNDEZ TORRES.

Es precisamente el carácter maximalista de la regulación lo que mueve a realizar un análisis a partir de premisas opuestas a las usuales. Un mayor rigor de las normas procesales no parece haberse traducido en un mayor respeto a las mismas, por más que las inspiren los mejores propósitos. Vistos los sucesivos diseños normativos y la experiencia acumulada en su aplicación, no cabe duda de que la vigente regulación de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas ha tratado de evitar el menoscabo de la función judicial. La legislación ha evolucionado para garantizar el estricto cumplimiento de las condenas y frenar la tendencia natural de la Administración a reajustar la solución de conflictos ya resueltos por quienes tienen la encomienda legal y constitucional de hacerlo en última instancia. La LJ restringió al máximo en 1998 las posibilidades de no materializar las condenas contencioso-administrativas, positivizando la máxima *fiat ius et pereat mundus*, blindando de una vez y por todas las sentencias y su proyección material, al margen de las consecuencias mediatas de dicha proyección. De manera radical, se prohibió el uso para impedir los abusos; en lugar de fijar las reglas del juego de la ejecución procesal se predeterminó la solución del mismo, pero sin contemplar los posibles efectos no deseados, perversos y adversos del remedio ideado (7). Veinte años más tarde (algunos menos, hasta que la jurisprudencia comenzó a

(7) Si se contempla la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas a través del prisma de la «teoría de juegos», aparece un juego muy complejo, difícil de modelizar, y cuyas reglas, tal y como están trazadas en la actualidad, abocan a soluciones subóptimas para los intereses general y particulares en lid. El juego de la ejecución de condenas contencioso-administrativas enfrentaría a la Administración condenada y al órgano judicial sentenciador, siendo el solicitante de la ejecución un jugador secundario, meramente propiciatorio. Por su parte, el Legislador «abstracto» aparecería como un árbitro estricto e imparcial pero que, llegado el caso, podría acabar auxiliando a la Administración condenada prestándose a convalidar en vía legislativa la actuación condenada en vía judicial. El juego sería no cooperativo (un jugador trata de imponerse sobre el rival), dinámico o secuencial (opera en varios momentos sucesivos), de información perfecta (ambos jugadores conocen el histórico de sus decisiones previas) y de suma distinta de cero (la victoria de un jugador no implica necesariamente la derrota del rival). En este mismo sentido, DOMÉNECH PASCUAL, en «El juego del Legislador, la Administración y el Juez» (trabajo en prepublicación libremente accesible en Internet), cita un estudio empírico de Derecho comparado de 1996 donde se evidencia «cómo los Tribunales efectúan interpretaciones de la ley más aventuradas en aquellos ordenamientos jurídicos donde, como consecuencia de la fragmentación del poder legislativo, más difícil resulta aprobar una ley que venga a corregirlas». De aceptarse la validez principal de este hallazgo empírico entre nosotros, y *mutatis mutandis*, sería ausplicable una mayor osadía de los órganos judiciales en el ejercicio de su función de control de la Administración cuanto más difícil le resulte a ésta eludir aquélla. Pero la situación real es totalmente opuesta, según los autores que más recientemente se han aproximado al asunto (BAÑO LEÓN, CASADO CASADO, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FERNÁNDEZ TORRES, PÉREZ ALONSO, SANTAMARÍA PASTOR, SORIANO GARCÍA, la propia magistrada del TS PICÓ LORENZO...): una regulación excesivamente rigurosa abona, paradójicamente, la deferencia judicial con la contumacia administrativa. Simplemente, las reglas son tan estrictas que acaban favoreciendo el juego sucio.

aplicar el régimen vigente), tanto los datos empíricos como las críticas doctrinales evidencian que, lejos de reforzar la efectividad de los fallos judiciales, la regulación sigue permitiendo y hasta favoreciendo la frustración de los mismos bajo distintas modalidades: dilación y elusión.

De los órganos judiciales se predicen actitudes de «prejuicio», «conformismo», «autorrestricción», «desinterés», «distancia», «desgana» y «fastidio»; y en las Administraciones condenadas se advierte un tanto de «resistencia», «falta de respeto», «falta de sensibilidad», «abuso» y «displicencia», talante que da pie a la comisión de «desplantes», «desafíos» y «argucias» de las que la «mera pasividad» sería la más leve. Pero más allá de los condicionantes culturales y conductuales, conviene insistir en que las disfunciones del sistema son imputables a la regulación, pero no a los defectos que comúnmente se le atribuyen, sino al excesivo rigor que la inspira.

Sigue a continuación una refutación de la tan extendida visión de una normativa deficitaria, aunque fundada en nobles principios.

1. El cauce procesal es adecuado y no hay pervivencia de privilegio administrativo alguno

Se apunta a la inidoneidad de los cauces procesales y al hecho de que perpetúen supuestos privilegios administrativos, supervivientes a la gran reforma de 1998. Sin embargo, el incidente es un instrumento procesal suficiente y adecuado para resolver la complejidad de una ejecución no espontánea, por varias razones. En primer lugar, la indeterminación y amplitud de su propio objeto convierte al incidente en un instrumento de propósito múltiple: así resulta de la conexión de los arts. 103.4, 105, 108.2 y .3 y 109.1, de los que resulta que a través de este cauce procesal se puede valorar y declarar la nulidad de «los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento», apreciar la concurrencia de «causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia», analizar y resolver «cuantas cuestiones se planteen en la ejecución», reconducir «alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo» y resarcir «los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento», exigiendo, en caso de haber ordenado la demolición de inmuebles ilegales «salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe» (8). En segundo lugar, por

(8) Con todas las dificultades que entraña el empleo del incidente de ejecución para la articulación del art. 103.4 LJ, de las cuales advierte REBOLLO PUIG, M.: «Nulidad de reglamentos y actos administrativos por contrariar sentencias», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 104, 2019, pp. 74 ss.

la amplitud de una legitimación («las personas afectadas por el fallo») que da cabida a terceros que no hayan sido parte en el proceso, abriéndose incluso a la acción popular: la garantía del principio contradictorio parece más que suficiente. En tercer lugar, por la accesibilidad a la singular modalidad casacional recogida en el art. 87.1.c) LJ y, en su caso, a la tutela en amparo ante el Tribunal Constitucional, que equipara al incidente al proceso ordinario en términos de garantías (9).

2. El sometimiento de la ejecución a plazos y la elasticidad de los mismos está justificada

Por su parte, no debería repugnar el reconocimiento de plazos para la ejecución de las sentencias, porque lo normal —máxime en materia de obras públicas, urbanismo y protección ambiental— es que se precise de una previa disposición de medios y de la realización de operaciones materiales complejas. Así pues, lo normal es que la propia sentencia, tal y como autoriza el art. 71.1.c) LJ, periodifique su propia ejecución en plazos realistas y factibles. Parece exagerado calificar de privilegio el hecho de que pueda mediar un plazo entre el fallo y su plasmación, pues en cualquier orden jurídico (procesal, civil, tributario, e incluso penal) se concede al deudor o condenado un período de acatamiento voluntario de la carga impuesta, concesión que no se debería negar a una Administración pública por el mero hecho de serlo. En todo caso, la apertura de un lapso temporal entre la orden formal y su cumplimiento material es un factor imprescindible para que se pueda valorar cabalmente la concurrencia de los supuestos contemplados en el art. 105 LJ, como veremos.

Asumida la necesidad de plazos y la improcedencia de un despacho automático de ejecución, toca cuestionar extensión de los plazos y su eventual prórroga. En cuanto a lo primero, cabe distinguir entre plazos «sumarísimos», «breves» y «dilatados», encontrando que para la ejecución de condenas urbanísticas o ambientales correspondientes a un litigio ya resuelto resulta más equilibrada la disposición de un plazo «breve», condición que los dos (más tres) meses del art. 104.2 (y 106.3) LJ cumplen. Pero más allá de juicios absolutos o de principio, son preferibles razonamientos casuísticos para valorar la idoneidad de las reglas temporales, considerando la naturaleza, dimensiones y circunstancias de cada condena. Una demolición puede emprenderse desde

(9) Modalidad casacional de la que se excluyen —inapropiadamente, a mi juicio— los autos dictados por los Juzgados (provinciales y centrales), y cuya función será velar por la correspondencia entre la sentencia y lo ejecutoriado, asegurando que la actividad jurisdiccional ejecutiva no adicione irregularmente, contradiga o desconozca aquello que ha sido ya decidido con fuerza de cosa juzgada en el proceso declarativo previo.

luego, pero no será raro que se demore o se interrumpa, y no necesariamente por causas achacables a la contumacia administrativa: la planificación del derribo y el cumplimiento de los requisitos legales (prevención de riesgos laborales o civiles, contratación de las obras, gestión de los residuos de la demolición...) impide y desaconseja una ejecución instantánea. De ahí que la posible modulación a la baja que contempla el art. 104.3 LJ es sana y comprensible con carácter general, pero también lo sería la posibilidad opuesta, que hay que sobreentender contemplada en el art. 109.1.b) LJ. Esa prórroga o dilatación cobra mayor sentido cuando lo que se trata de resolver en el incidente de ejecución no son cuestiones orgánicas, temporales o instrumentales, sino las circunstancias determinantes de una presumible «imposibilidad legal o material» de ejecutar ex art. 105.2 LJ.

Otro de los reproches comunes al esquema de plazos para la ejecución es también discutible: el hecho de que una eventual prolongación de los plazos de cumplimiento de los fallos en lo contencioso-administrativo suponga una disparidad de trato respecto de lo previsto en la legislación procesal civil puede estar justificado en atención a las diferentes posiciones y dimensiones de las partes enfrentadas en cada uno de los ámbitos (civil y contencioso-administrativo). En efecto, cuando lo cuestionado en el proceso contencioso-administrativo es la legalidad de una obra o infraestructura pública, detrás de o junto a la Administración demandada titular de la misma se halla la población destinataria o beneficiaria, mientras que en un proceso civil en el que se cuestiona la licitud de una obra, es difícil imaginar un colectivo numeroso e indeterminado que resulte afectado mediatamente, más allá del titular de aquélla. En el mismo sentido, una condena civil de la que resulte la demolición de una obra ilegalmente construida implica procesalmente solo al titular de la misma, mientras que en el contencioso-administrativo caben dos supuestos: que la obra condenada sea pública (de modo que la Administración titular haya sido únicamente la parte demandada) o que se trate de una obra privada (de modo que lo impugnado haya sido el acto policial de la Administración, pero quien deba soportar las consecuencias de la condena sea el particular). Por estas mismas razones, que se suman a la complejidad intrínseca a la demolición de instalaciones de gran envergadura y proyección social, parece excusable que no proceda el despacho automático de ejecución y que los plazos para la ejecución se deban tratar con una lógica flexible.

Dicho esto, los problemas de diseño legal de la ejecución no se encuentran, por lo tanto, ni en el trámite que la articula ni en su ya desmentida dilatación temporal. Son otros los defectos, y externos al sistema de la ejecución, aunque propios del sistema procesal.

III. LA PREVENCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EN LA EJECUCIÓN MEDIANTE LA JUSTICIA CAUTELAR

La cicatería judicial en la dispensación de la tutela en vía cautelar conduce a la normalización de la «táctica de hechos consumados» (10). Pero no solo la aplicación del sistema, sino su propio diseño normativo, se encuentra en la base de las disfunciones: recientemente se ha criticado la amplitud e indeterminación de una regulación de las medidas cautelares que no registra supuestos tasados ni para su otorgamiento ni para su denegación, descargando sobre los órganos jurisdiccionales la tarea de administrar justicia cautelar sin más asidero legal que la constatación de un *periculum in mora* (11).

En la cuestión que nos ocupa, la impugnación judicial de proyectos de infraestructuras, construcciones e instalaciones de titularidad pública a realizar en ubicaciones especialmente sensibles sería un supuesto ejemplar para la dispensación de una suspensión cautelar automática o, al menos preferente. Estas ubicaciones sensibles podrían ser todas o algunas de las siguientes: los espacios naturales protegidos (incluyendo en ciertos casos extremos sus zonas periféricas de protección), las zonas de servidumbre de protección de costas, las zonas de policía de aguas, las zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua declarados de protección especial, las zonas inundables, los suelos contaminados y las inmediaciones de bienes de interés cultural.

Otro de los problemas asociados a la dispensación de justicia ambiental cautelar es el coste de su acceso, debido a la exigencia de cauciones a modo de «medidas contracautelares» proporcionales al importe de los proyectos suspendidos. Es lugar común que la imposición de fianzas millonarias tiene un efecto limitador de la potencia del sistema de justicia cautelar ambiental, al ser inasumibles para organizaciones ambientales sin ánimo de lucro (12). La imposición de caución es potestativa ex art. 133.1 LJ, debiéndose valorar su oportunidad en función de circunstancias tales como la irreversibilidad del

(10) Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: «La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 100, 2018, pp. 177-178; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública* n° 203, 2017, p. 141.

(11) CASARES MARCOS, A.: «Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo», en LÓPEZ RAMÓN F.; VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo: Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Murcia, 2019, pp. 355-404.

(12) Vid. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.: «El acceso a la justicia ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus», en *Revista catalana de Dret ambiental*, vol. IX n° 1, 2018, pp. 43-46.

daño, la apariencia de buen Derecho, la falta de medios económicos del recurrente, entre otros (13).

En suma, la tutela cautelar es un magnífico instrumento colateral de mejora del sistema de ejecución de las condenas, de manera que se filtren adecuadamente los casos y se impida la consolidación de situaciones de hecho difíciles o imposibles de revertir sin causar más daños que los generados por esas mismas situaciones.

IV. LA POSIBILIDAD DE DECLARAR LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR

La legislación procesal admite, aun de manera muy restrictiva, la inejecución de sentencias condenatorias cuando dicha ejecución sea imposible, en cumplimiento del brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*. A pesar de los recelos que suscita la previsión legal de la imposibilidad de ejecución de sentencias, ésta no se opone al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como cualquier otro derecho fundamental, éste puede ser limitado por una ley, siempre y cuando se respete su contenido esencial. La ejecución de las sentencias absoluta e irremisible no integra dicho contenido esencial ni vulnera el art. 118 de la Constitución (14). Como tempranamente advirtió GARCÍA DE ENTERRÍA, «el art. 24 CE no constitucionaliza el derecho a la ejecución *in natura*, sino que la posibilidad de la ejecución sustitutiva ha de ser admitida como normal en la jurisdicción contencioso-administrativa, del mismo modo que lo es en la civil» (15). El *quid* de la cuestión reside, entonces, en el concepto de imposibilidad y en las especies o modalidades que contempla el art. 105.2 LJ, la material y la legal.

(13) La casuística judicial ha revelado la innecesariedad de caución para acordar la suspensión cautelar de, por ejemplo, un hotel (STSJ de Andalucía de 17 de marzo de 2008), un puerto (Auto del TSJ de Canarias de 15 de junio de 2009), un parque eólico (STS de 11 de octubre de 2011), o una macroubanización (STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2010). *Vid. el Estudio sobre acceso a la justicia en materia medioambiental en cumplimiento de la Decisión IV/9(f) de la reunión de las partes del Convenio de Aarhus*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, pp. 22-25.

(14) La STS de 31 de mayo de 2005 (que avaló la inejecución de la STS de 14 de julio de 1997, declarativa de la nulidad del proyecto del embalse de Itoiz) afirmó, citando la doctrina constitucional sobre las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la sentencia (resumida en la STC 73/2000, de 14 de marzo) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización».

(15) La afirmación, que suscribo plenamente, se toma del GARCÍA DE ENTERRÍA —abogado de las empresas eléctricas titulares de la central nuclear de Ascó en su litigio contra la Diputación Provincial de Tarragona dirimido por la STC 112/1983, de 5 de diciembre).

En cuanto al concepto, interesa discurrir si por imposibilidad hay que entender la total inviabilidad de la ejecución o si cabe alguna figura aproximada o equivalente, en cumplimiento del brocardo *difficultas magna impossibilitati aequiparatur*. Aunque algún pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución parece naturalizar la asimilación entre dificultad e imposibilidad, la jurisprudencia ordinaria no la admite con carácter universal (16). Una lectura literal de la norma conduce a una situación comprensible en abstracto, pero que introduce una rigidez en la práctica que impide el natural ejercicio judicial de la ponderación de principios y valores tales como los de legalidad, eficacia, eficiencia y proporcionalidad.

Las soluciones a la rigidez indicada han de hallarse, pues, en el análisis de las especies de la imposibilidad recogidas en la ley procesal. En este sentido, la imposibilidad material no parece ser causa suficiente para enervar una condena a demoler una obra y reemplazar su emplazamiento, lo cual siempre es, en abstracto, técnicamente viable (17). Por lo tanto, interesa discurrir sobre el significado y alcance de la imposibilidad legal, la única causa justificativa de la inexecución «en sus propios términos» que parece ser aplicable a los supuestos de condenas ambientales. En efecto, un cambio normativo de rango legal operado con posterioridad al fallo determinaría la aplicación de esta causa. La modificación sobrevinida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate supone la alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta y, como regla general, se puede oponer a

(16) Vid. la STC 22/2009, de 26 de enero, que a la sazón versa sobre una demolición de una vivienda ilegal en Siero (Asturias): en ella se afirma que «privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido (resulta) sólo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevinidas impeditivas». Pero en la STS de 8 de abril de 2014 se dice que «el superior coste o la mayor complejidad de las demoliciones a realizar no son causa suficiente para afirmar que la sentencia sea de imposible cumplimiento», en la STS 30 de abril de 2010, que «la complejidad no puede ser equiparada a la imposibilidad»; en la STS de 21 de junio de 2012, que «la dificultad de la ejecución, que no puede negarse, no comporta sin embargo su imposibilidad. Entre lo difícil y lo imposible media una diferencia sustancial, que el primero se logra poniendo el esfuerzo y trabajo necesario y el segundo no». No obstante, hay sentencias en sentido opuesto, tal y como refiere GUTIÉRREZ COLOMINA, V. «La ejecución de sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 100, 2018, pp. 240-241.

(17) Se dice en abstracto, pues habrá supuestos marginales de imposibilidad vid. el caso relatado por FORTES MARTÍN, A.: «La cuadratura del círculo o la imposible ejecución total de la de la sentencia del caso “Ciudad Santo Domingo-aeropuerto de Madrid/Barajas” (estudio de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2011)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, vol. I, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 1° ed., 2012, pp. 1157-1191.

la ejecución de una sentencia firme (18). En principio, el cambio normativo sobrevenido debe revestir rango legal, si bien en algunos casos la jurisprudencia admite las regularizaciones por la vía de las modificaciones en el planeamiento urbanístico siempre que se cumplan ciertos requisitos, sobre todo el de la justificación de los cambios de planeamiento en criterios superiores a la voluntad de legalizar (19).

El objetivo último del art. 105.2 LJ es, en caso de que concurra la imposibilidad de ejecución, asegurar «la mayor efectividad de la ejecutoria», lo que implica que la efectividad puede ser objeto de graduación, aunque la ley imponga una tendencia al máximo. La ejecutoria puede así ser concedida como parcial (cuantitativa y cualitativamente), debiendo ser compensada en la parte incumplida con una indemnización o con otro tipo de medidas equiparables (20).

No obstante, ante las dificultades de aplicar las causas de imposibilidad de ejecución, lo ideal sería incorporar a la ley una causa más genérica que las vigentes, de imposibilidad por interés público, acaso reforzando el deber de motivación de la Administración solicitante de las circunstancias que sustenten su pretensión de ejecución sustitutiva (21). No cabe sino lamentar la pérdida

(18) Así se desprende de la jurisprudencia constitucional vertida en varias sentencias, de las que cabe destacar la citada STC 22/2009, de 26 de enero.

(19) Requisitos colacionados por GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: «La ejecución de sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 100, 2018, pp. 237-242.

(20) Como recuerda FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 21, 2010-1, p. 32, «el órgano jurisdiccional puede —incluso de oficio— adoptar cuantas medidas resulten necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuere de una forma diferente a la contemplada en el fallo, y sin tener que recurrir, de forma irremisible y necesaria, al mecanismo expresamente previsto de la indemnización». El autor propone como ejemplo de medidas alternativas la modificación obligatoria del planeamiento, la inclusión de determinaciones urbanísticas de carácter público o social (con las que tratar de compensar la vulneración de las normas urbanísticas cuya eliminación no ha resultado posible), la participación o la colaboración material o económica de los causantes y responsables de la infracción o de los beneficiarios de la misma... se trataría, en su opinión, de medidas adecuadas para paliar o rehabilitar la situación de hecho producida y de imposible alteración futura. En este mismo sentido, sería concebible la imposición de una indemnización compensatoria sin destinatario específico, sino destinada a resarcir al interés general por la inejecución de la condena. Esta indemnización de este tipo procedería precisamente —aunque no sólo— en procesos instados en virtud de la acción pública (de este modo se dificultaría el oportunismo en el recurso a esta legitimación —casi— universal).

(21) Tal era el contexto legal vigente cuando se pronunciaron las sentencias exhaustivamente analizadas por GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2008, pp. 245 a 255. En efecto, las causas que la jurisprudencia admitía como determinantes de la imposibilidad de

de algunas piezas en la maquinaria procesal que, aunque en el pasado propiciaron abusos, hoy rendirían un servicio impagable: se trata del art. 228 de la Ley del Suelo de 1956 (que habilitaba la prosecución o conservación de la obra condenada, con indemnización al perjudicado), convergente con las extintas causas de inejecución del art. 105.2 tal y como venían formuladas en la Ley jurisdiccional de aquel mismo año («peligro de trastorno grave del orden público» y «detrimento grave de la Hacienda Pública») (22).

En la actualidad, «el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos» (fórmula más restrictiva que la de «peligro de trastorno grave del orden público») no es causa de suspensión ni de ejecución del fallo, sino de expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme. Esta posibilidad de sustituir el fallo por una indemnización, expropiatoria en este caso, no vulnera del principio de división de poderes ni «supone una intromisión ilegítima en la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado» (23). La sustitución de la condena por su equivalente económico no es un recurso ordinario sino

ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo eran: los cambios normativos; la existencia de terceros de buena fe —especialmente aquellos que pueden invocar el art. 34 de la LH y el 24 CE—; la construcción de una obra pública que pueda resultar obstaculizada por la ejecución de la sentencia; la incidencia sobre la prestación de un servicio público; la inviabilidad técnica o las dificultades prácticas de una demolición; el transcurso del tiempo; un simple cambio de las circunstancias de hecho, o la existencia de una sentencia firme de otra jurisdicción). La LJ vino a impedir.

(22) Sobre la posibilidad de reimplantación de una fórmula basada en el artículo 228 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 corregido, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», *cit.*, pp. 82-83 y 94-95. En opinión de este autor, procede restringir la demolición «a los casos de construcciones realizadas sin permiso o en zonas protegidas por razones patrimoniales o ambientales en sentido amplio», sirviéndose de una reformulación revisada del «viejo artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 de forma que en casos como los más atrás comentados el Juez o Tribunal de la ejecución pudiera dirigirse a la Administración para que en el plazo de dos meses manifestara si, por razones de interés público debidamente justificadas, considera procedente seguir o conservar las obras. De la manifestación correspondiente se daría traslado a las partes y, a la vista de todo ello, el Juez o Tribunal resolvería finalmente lo que considerase oportuno». De esta forma, «nos ahorraríamos el espectáculo vergonzante de unas Sentencias muy rigurosas que, sin embargo, se quedan en una suerte de limbo, pues ni se ejecutan, ni se puede declarar formalmente que su ejecución es legalmente imposible porque no se dan los requisitos que la jurisprudencia dominante considera imprescindibles para formular dicha declaración». (*Vid.* asimismo, a propósito del principio de regularización impulsado por la reciente reforma del Código de Urbanismo francés, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», RAP n° 203, 2017, pp. 143-145 y 159-160).

(23) Contra el parecer de BAÑO LEÓN, J. M^o: «La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998», en *Revista Gallega de Administración Pública* n° 57, 2019, p. 278.

excepcional, corresponde al órgano judicial y no a la Administración, y es, como todo trámite procedimental sustantivo de una expropiación, impugnabile. No hay, por lo tanto, razones para la suspicacia, porque el órgano judicial es árbitro y supervisor de esa expropiación en sede de ejecución.

El art. 105.3 LJ admite una interpretación flexibilizadora, puesto que de una condena a la Administración en materia urbanística o ambiental puede derivarse una «alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos» si por tal entendemos la afectación a la prestación de determinados servicios esenciales para la población, por ejemplo los suministros eléctrico e hídrico (24). No es descabellado imaginar en qué medida la desaparición de una infraestructura pública recién construida (depuradora, acueducto, vía o puente, aeropuerto o puerto, instalación penitenciaria, centro educativo, cuartel o comisaría, etc.) o incluso privada (central de producción de energía, instalación de telecomunicaciones, etc.) pueda producir «peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos» (impidiendo, por ejemplo, la libre circulación, la seguridad pública, la escolarización, etc.). Así pues, cabría recurrir al mecanismo de la expropiación de derechos o intereses reconocidos en sentencia como remedio alternativo a la ejecución de una condena cuya ejecución comprometiese gravemente la instalación tempestiva o la permanencia de una infraestructura pública de gran importancia, o generase un coste colateral insoportable para las arcas públicas.

Tampoco es causa de suspensión ni de ejecución del fallo el potencial «trastorno grave a (la) Hacienda (de la Administración condenada)», pero sí de modulación de la ejecución: el art. 106.4 LJ contiene una sana regla que habilita el cumplimiento gradual de la sentencia. Se comprende que este mecanismo opere solo en el caso de las condenas pecuniarias, pues el resultado de la ejecución diferida será indistinguible del previsto originariamente, salvo por el decaje temporal y las mínimas variaciones en la cuantía abonada. Sin embargo, no se comprende bien que, si el fundamento de este privilegio

(24) Se trata de supuestos que ya se han verificado en el pasado: en 1982, el Gobierno logró impedir la ejecución de una sentencia de la Audiencia Nacional que, anulando la concesión de aguas y la autorización de vertidos de la central nuclear de Ascó, habría impedido su entrada en funcionamiento, con la consiguiente pérdida de una producción anual de 10,4 Twh (c. el 4% del consumo nacional actual) o un sobreconsumo —y quema— de petróleo por valor de 1.800 millones de dólares anuales, hasta la evacuación de los respectivos proyectos de depuración de aguas y de seguridad de vertidos y el sometimiento de éstos a información pública. Más tarde, el ATS de 18 de enero de 1990 consideró de imposible cumplimiento una sentencia cuya ejecución habría comprometido la construcción del «túnel del Aramo», acueducto todavía hoy imprescindible para el abastecimiento de Oviedo. *Vid.* LOZANO CUTANDA, B.: «Artículo 105», *REDA* n° 100 (Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998), 1998, p. 740 (nota 22).

es evitar trastornos a la Hacienda pública, no se puedan o deban también evitar dichos daños cuando de una eventual condena se deriven deberes para la Administración que impliquen la aplicación de gasto público, no ya por el capítulo presupuestario de «gasto corriente», sino por el de «inversiones reales» (y desinversiones, en lo que se refiere a las demoliciones). En todo caso, el gran valor de esta regla reside en la lógica procedimental que la sustenta: el respeto al principio de contradicción (se requiere previa audiencia a las partes) y la confianza en el órgano judicial (a quien se faculta para resolver sobre el modo de ejecución de la sentencia en la forma menos gravosa para la Administración).

En conclusión, parece haber elementos suficientes para sostener que la ejecución de las condenas es relativamente disponible cuando concurren circunstancias determinantes de una dificultad equiparable a la inviabilidad material de la ejecución, o cuando se produzca una modificación normativa sobrevenida —no necesariamente de rango legal— que no sea meramente elusiva de la condena. Además, la demolición de una infraestructura o instalación de servicio público (independientemente de su titularidad pública o privada) ordenada por una sentencia puede justificar la expropiación del interés en la reposición del lugar a su estado originario y trocarse por una indemnización sustitutiva, en la medida en que afecte a derechos ciudadanos. La expropiación de derechos o intereses reconocidos en sentencia emerge así como remedio alternativo a la ejecución de ciertas condenas por incumplimientos urbanísticos o ambientales. Una interpretación elástica y pragmática de los preceptos que regulan la ejecución de las sentencias en la LJ permite superar algunos contrasentidos, como el de que una condena pecuniaria gravosísima pueda ser modulada en su cumplimiento pero no así una orden de demolición que genere un coste inasumible para el erario. En cualquiera de los dos supuestos descritos (apreciación de la imposibilidad y expropiación del derecho a la ejecución del fallo) únicamente se requiere la concurrencia de dos factores: intervención de las partes y protagonismo judicial.

V. LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR POR SUSTITUCIÓN MEDIANTE TRANSACCIÓN JUDICIAL

La prohibición de suspender el cumplimiento o de declarar la inexecución total o parcial del fallo va dirigida a la Administración eventualmente condenada y no a los órganos jurisdiccionales, que sí están facultados para restringir la ejecución temporal, parcial o totalmente, como se ha puesto en evidencia. Esta facultad puede ser requerida por las partes (en principio de la vencida, pero también de la vencedora, o incluso de ambas conjuntamente) y acaso de cualesquiera otras personas afectadas por el fallo (la misma Administración dirigida por un gobierno distinto del que regía en el momento de la condena;

otras Administraciones públicas cuyas competencias se verían afectadas por la ejecución; ONGs inspiradas en propósitos opuestos a los que pudieran haber guiado a las hipotéticas promotoras del proceso) (25).

Conforme al art. 103.1 y .2 LJ, los órganos judiciales ostentan la potestad de interpretar el sentido del fallo de sus resoluciones y hacer ejecutar sus propias decisiones, potestad que se extiende al *an* y al *quomodo* (26). Esta facultad solo está sujeta a control del Tribunal Constitucional por la vía recurso de amparo (por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva) cuando las resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente. Congruencia y razonabilidad se erigen, por lo tanto, en requisitos habilitantes de la facultad interpretativa encaminada a la modulación —no necesariamente modificación— de los términos en que deba ejecutarse el fallo.

En efecto, el papel del órgano judicial no es el de vigilante pasivo de la ejecución, sino el de conductor de la misma. Quien ha conocido del asunto y resuelto la controversia es el sujeto más y mejor informado y cualificado para llevarla a efecto. Pero, sobre todo, es el agente del poder público específicamente dotado para articular la garantía procesal, la última (y por ello máxima) garantía del Estado de Derecho. Lo ideal es que se lleve a la sentencia, o se disponga en ella, el modo de materializar la resolución de la disputa, sin necesidad de llegar al incidente de ejecución. Con carácter previo a la ejecución, se puede haber consignado la forma y términos de la decisión judicial en términos flexibles, siempre con respeto al principio de congruencia procesal, vinculando la forma y términos tanto del fallo como de la ejecutoria a los *petita* de las partes. En caso de que los *petita* no permitan alcanzar un fallo modulable, será en fase de ejecución cuando proceda acomodar ésta al fallo (27). En cualquiera de los dos supuestos, la intervención de las partes y la responsabilidad del órgano judicial garantizan la legalidad, la transparencia y la justicia de la solución ejecutoria que se adopte.

Como explica EZQUERRA HUERVA, la solución al enquistamiento de procesos judiciales que, una vez resueltos de manera formal y sustantiva, se demoran

(25) A estos efectos puede resultar ilustrativo el escenario dibujado tras la expiración del plazo de la concesión para el aprovechamiento hidroeléctrico que propició la construcción en 1954 de la presa de los Toranes (río Mijares, Albentosa, Teruel), que enfrenta a partidarios (colectivos ecologistas y la propia Confederación Hidrográfica del Júcar) y detractores (Ayuntamientos de la zona, regantes y colectivos vecinales) de la demolición de la presa.

(26) Vid. el ATC 53/2014 de 24 de febrero (FJ 3°): «... el proceso de ejecución no es un procedimiento de aplicación mecánica del fallo; es un proceso en sentido estricto que sirve para adaptar ese fallo a las circunstancias que la sentencia no pudo tomar en consideración (por acaecer después de que se dictase el acto administrativo enjuiciado o de la propia sentencia)».

(27) Son varias las prerrogativas judiciales en la línea conciliatoria aquí apuntada, por ejemplo, las recogidas en los arts. 33.2, 65.2 y 77 LJ, aunque concebidas para operar en los momentos pre e intraprocesal y, por lo tanto, no aplicables al momento de la ejecución.

en su ejecución material se encuentra en la transacción procesal. El autor defiende la plena legitimidad del cumplimiento transaccional o convencional de determinadas sentencias contencioso-administrativas (las estimatorias, firmes y susceptibles de ejecución), con sujeción a ciertos límites materiales (la multiplicidad de soluciones ejecutorias, la legalidad de la transacción —en su vertiente de no ilegalidad— y su inocuidad para el interés público o el de terceros y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico, la exigencia de que la transacción suponga el correcto cumplimiento de la sentencia) y formales (el impulso judicial del trámite, la conveniencia de la suspensión de la ejecución del fallo y la necesaria homologación judicial de la transacción) (28).

Interesa en particular a nuestros efectos el argumento de EZQUERRA HUERVA: ya que las partes gozan de un poder de disposición sobre las pretensiones (a la postre sobre el proceso, también en sede de ejecución de sentencia), y dado el carácter materialmente rogado de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, al órgano judicial director del proceso se le deben reconocer plenas facultades para acomodar las pretensiones de ambas partes y lograr una ejecución material y no solo formal, compatible con una legalidad que incluye las normas sustantivas, las procesales pero también los principios generales del Derecho (en particular, el de proporcionalidad).

En este sentido, cabe contemplar la posibilidad de que los recurrentes se conformen con una victoria principal o moral (29). Como afirma SORIANO GARCÍA, «lo que pretende el administrado (recurrente) no es que se lleve a efecto puro y debido el contenido declarado en la resolución judicial, sino satisfacer su derecho o su interés legítimo» (30). Se abre espacio, por lo tanto, a la creatividad de los intervinientes en el proceso, bajo el liderazgo del órgano judicial, con el fin de alumbrar soluciones imaginativas en la línea de las encontradas por algunos tribunales de instancia (31).

(28) EZQUERRA HUERVA, A.: «El cumplimiento transaccional de las sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública* n° 210, 2019, pp. 217-258.

(29) O incluso que el órgano sentenciador les obligue a conformarse, considerando que el mero pronunciamiento de la sentencia condenatoria de la Administración suple la indemnización debida al damnificado en concepto de derechos morales: tal es la doctrina recogida en las SsTS de 3 de marzo y 6 de mayo de 1999, 2 de noviembre de 2006 y 10 de abril de 2012, relativas a la anulación judicial de sanciones: «la mera existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente... la presente sentencia constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral». Esta doctrina invoca soluciones adoptadas por el TEDH (SsTEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Pérez de Rada*; y de 30 de noviembre de 2004, *asunto Fenech*).

(30) SORIANO GARCÍA, J.E.: *El Poder, la Administración y los jueces. A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial*, Iustel, Madrid, 2012, p. 27-28.

(31) Un caso reciente y paradigmático es el del edificio Conde de Fenosa (La Coruña), salvado del derribo en virtud del Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de

La función principal —pero no única— de una condena contencioso-administrativa es expurgar la actuación administrativa viciada, pero también depurarla en la medida de lo posible, atendiendo a las posibilidades de conservación de actos y trámites y a la limitación del alcance de la invalidez de los planes y los actos posteriores al anulado) (32). Una lectura literal y contextual —bien que extensiva— del art. 105.1 y .2 LJ permite articular la «reorientación del papel de los órganos jurisdiccionales, desde la posición de censores inflexibles a colaboradores en aras de la *regularización* de lo que sea razonablemente subsanable, abanderados de un extraordinario rigorismo formal, indiferentes a los resultados prácticos de su labor (a veces gravosos para terceros e incluso para el propio interés público)» (33). Por ello no cabe

Galicia de 8 de febrero de 2019, dictado en ejecución de una sentencia de 2001 en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el otorgamiento de una licencia para la rehabilitación del inmueble en 1997. La mediación de Pascual SALA entre los demandantes particulares, el Ayuntamiento demandado y la comunidad de propietarios del inmueble codemandada terminó expresándose en un pacto que incluía compromisos tales como la modificación del planeamiento, la adopción de un código de buenas prácticas urbanísticas, la construcción de viviendas de protección oficial y la indemnización económica de ciertos conceptos, todo sobre la base del mantenimiento de la obra ilegalmente autorizada y realizada. *Vid.* SORIANO GARCÍA, J. E.: «Solución extrajudicial de conflictos y ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La mediación como remedio (asunto edificio Conde de Fenosa, La Coruña)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 44, 2020.

(32) *Vid.* en este sentido la nueva senda doctrinal emprendida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de marzo y mayo de 2020 respectivamente. Aunque la jurisprudencia está lejos aún de llegar al final del camino marcado por la doctrina, es indudable que ha emprendido el trayecto y que se puede confiar en que terminarán imponiéndose las interpretaciones doctrinales ofrecidas para superar la rigidez de las declaraciones de nulidad de los planes de urbanismo con efectos *ex tunc*: así lo auspicia FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Recurso de casación contencioso-administrativo y debates doctrinales: Sobre la finalidad de la casación y la STS de 27 de mayo de 2020 relativa a la calificación y efectos de los vicios de procedimiento en la elaboración y aprobación de planes urbanísticos», REDA n° 207, 2020, pp. 193-210. Por ahora, el TS ya ha accedido a modular territorial y sectorialmente los efectos de sus declaraciones de nulidad de los planes, discriminando entre supuestos determinantes de la nulidad total y de la parcial (*vid.* las SsTS de 4 de marzo, 25 y 27 de mayo del 2020 (casos «Sant Vicenç dels Horts», «O Boqueixó» y «Yaiza» respectivamente). Resta por saber si «en la elaboración de un plan urbanístico, dictado en ejecución de un pronunciamiento jurisdiccional que declaró su nulidad, cabe conservar actos y trámites de similar contenido de la disposición anulada, así como subsanar los vicios detectados o, por el contrario, dada la radicalidad de la declaración de nulidad y sus efectos *ex tunc*, deviene necesaria una nueva tramitación integral»: tal era la cuestión sometida a juicio en casación por el ATS de 17 de enero de 2019, que quedó sin respuesta tras haber declarado la STS de 17 de febrero de 2020 la pérdida del objeto del recurso debido a la firmeza desde 2016 de la declaración de nulidad del Plan especial del paisaje protegido de La Geria, de modo que por ahora persiste la respuesta negativa dada por la STS de 6 de septiembre de 2016 (Plan general de Cartagena).

(33) *Vid.* FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: «Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo», en *Veinte años de la ley de lo contencioso administrativo. Actas del XIV Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2019, p. 435.

sino adherirse al clamor por un apoderamiento real de los órganos judiciales para que ejerzan, también en el momento de la ejecución, un papel no meramente revisor, sino también arbitral y de composición de intereses, debidamente expresados por las partes (34).

VI. EL OBJETO DE LA EJECUCIÓN SUSTITUTIVA DE LAS CONDENAS AMBIENTALES: EL RECURSO A LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN Y OTRAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN

Admitida la posibilidad de ejecutar ocasionalmente las condenas en términos distintos de los fijados originalmente en las sentencias, cuando existan causas que lo justifiquen y medie acuerdo entre las partes y/o disposición judicial para autorizarlo, procede explorar las distintas modalidades de un eventual cumplimiento por equivalencia que sustituya a la demolición de ciertas obras e instalaciones.

La opción por alguna de las modalidades imaginables va a estar condicionada por varios factores, tales como el tipo de obra o sentenciada de demolición (edificio o infraestructura), la titularidad de la misma (pública o privada) y su eventual declaración de interés general —o, en su caso, autonómico—, el fundamento de la condena (la infracción, sustantiva o formal, de normativa urbanística o ambiental) y la condición del solicitante de la ejecución (actor legitimado o, por el contrario, ejerciente de la acción pública). También se deberán tener en cuenta los términos de la condena a ejecutar, los cuales, a su vez, habrán sido establecidos en función de las pretensiones (declaración de nulidad o anulación total o parcial de autorizaciones, con o sin conservación de actos y trámites; reposición o restauración del lugar a su estado anterior). En ausencia de reglas formales para el tratamiento de todos estos elementos en la fase de ejecución de la sentencia, su consideración parece quedar abierta a la libre apreciación del órgano judicial.

La exigencia de una indemnización pecuniaria emerge como el instrumento de ejecución alternativa por excelencia, máxime cuando la solución que se ha impuesto es la expropiación de los derechos reconocidos en la sentencia. En estos casos, una de las cuestiones a resolver es la cuantificación de la

(34) Ello a pesar de que algunos autores lamentan su conformismo y recelan de su convicción para hacer pleno uso de los «abundantes medios a su alcance para hacer cumplir los fallos»: conformismo señalado por SORIANO GARCÍA, J.E.: *El Poder, la Administración y los jueces. A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial*, Iustel, Madrid, 2012, p. 28 (nota 3); recelo expresado por BAÑO LEÓN, J. M^o, «Capítulo 6. Medidas cautelares y ejecución de sentencias: balance de la Ley 29/1998», en CUDERO BLAS, J., PONCE SOLÉ, J. (coords.), *Balance y perspectivas...*, cit., p. 121.

condena sustitutiva, que cabría cifrar en el coste de la demolición de la obra y, en su caso, de la repristinación del entorno (35). Otra cuestión no menos importante sería el destino de las sumas exigidas, que bien podría hallarse en el Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros regulado en el art. 33 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, *de responsabilidad medioambiental*, fondo cuya vocación se corresponde plenamente con la dimensión general del impacto ambiental que se va a consolidar de resultas de la ejecución sustitutiva.

Sin entrar ahora a discurrir sobre la procedencia de introducir la lógica de la compensación ambiental en el mecanismo procesal de ejecución de sentencias por equivalencia, sí cabe lamentar la falta de efectividad —por omisión de su desarrollo reglamentario— de una herramienta de compensación idónea para materializar las condenas sustitutivas: la adquisición de créditos de los bancos de conservación. Conforme al art. 61.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, *del patrimonio natural y de la biodiversidad*, «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de carácter socioeconómico» permiten a las Administraciones competentes en materia ambiental dejar sin efecto las prohibiciones establecidas para garantizar la conservación de los hábitats adoptando medidas para garantizar la «no pérdida neta de biodiversidad», también mediante la figura de los bancos de conservación.

El juego entre administrado recurrente, Administración condenada y órgano judicial sentenciador es configurable de tal modo que este último pueda conmutar la demolición de la obra por la realización de una inversión en un banco de hábitats en un determinado plazo. A este propósito ayudaría notablemente el reconocimiento expreso del principio (francés) de intangibilidad de la obra pública, para que el órgano judicial deba considerar la viabilidad de la regularización de las obras en atención a sus características y dimensiones y, subsidiariamente, evaluar las desventajas de su presencia para la totalidad de los intereses concurrentes, así como los efectos negativos de su

(35) Cabría añadir, a modo de compensación moral alguna suma para las partes que ven frustrada la ejecución in natura: en el caso de Marina de Valdecañas, a las dos ONG actoras se les había reconocido el derecho a percibir sendas indemnizaciones a tanto alzado de 250.000 euros, que no ingresarán íntegramente, en la medida en que se prescribe la demolición de todo lo construido: «...la consideración, junto a otros aspectos, de la inejecución parcial, en la determinación de la indemnización reconocida a las entidades ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA y ADENEX, supone que modificada esa circunstancia en cuanto la ejecución del fallo ordena la demolición de lo construido y en funcionamiento, se alteran notablemente los perjuicios a cuya reparación se atiende con las indemnizaciones establecidas, por lo que habrá de valorarse en la instancia la procedencia de una revisión y adaptación de dicho pronunciamiento del punto V de la parte dispositiva del auto de 30 de junio de 2020».

demolición para el interés general, atendiendo especialmente al principio de proporcionalidad (36).

Por lo demás, con carácter complementario a la monetización y conmutación del derribo, la ejecución sustitutiva podría también incorporar un mandato a la Administración condenada para que realice los estudios acreditativos de la degradación de los valores ambientales que legitimen la inaplicación del principio de no regresión, en su caso, para que se desclasifique el lugar afectado, previa la disposición, en su caso, del procedimiento participativo que corresponda.

VII. CONCLUSIÓN

El principio de legalidad y la preservación de la separación de poderes exigen la defensa del buen fin de los procesos judiciales instados contra los proyectos de obras, infraestructuras e instalaciones vulneradoras de la legalidad urbanística y ambiental. Desde un punto de vista dogmático solo cabe contemplar la efectividad de las sentencias como un reflejo de su completa ejecución. No obstante, desde un punto de vista pragmático, soportado en el propio diseño legal del sistema de ejecución procesal contencioso-administrativo, es necesario y posible modular los excesos derivados de la sacralización de la ejecución *in natura* de ciertas condenas.

El rigor en la aplicación judicial del principio de no regresión ambiental, y algunas deficiencias del sistema de justicia cautelar (normalmente derivadas de la exigencia de cauciones inaccesibles para los recurrentes), facilitan la consolidación de situaciones indeseables para el medio ambiente pero inasumibles para la seguridad jurídica. Teniendo en cuenta esta realidad, y para evitar la producción de males mayores, es preciso considerar la posibilidad de reconducir las condenas en su fase de ejecución, respetando ciertas condiciones: la anuencia de las partes y la sanción judicial.

Los efectos de una sentencia condenatoria que ordene la demolición de una obra ultimada o próxima a su culminación son evidentes, y se traducen en perjuicios de diversa magnitud no tanto para la Administración condenada, sino para el interés general. La reducción de una obra declarada ilegal a escombros físicos y también jurídicos (por ejemplo, tributarios) puede suponer la reparación de un daño jurídico (la infracción normativa), pero a costa de la producción de otro (la pérdida de una inversión real destinada al servicio público, o la

(36) Así se manifiesta FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: «Confirmación de la sujeción de los proyectos de obras en vías urbanas, como la reforma de la M-30, a evaluación de impacto ambiental (comentario a la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2011)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 23, 2011, pp. 115-121.

destrucción de una propiedad privada) además de un desembolso económico no menor. La evitación de un daño ambiental suele conllevar la producción de otros, normalmente consistentes en la generación de residuos especiales y gases de efecto invernadero, sin la certeza de lograr una reposición total de los valores ambientales originarios afectados por la construcción declarada ilegal.

Es por ello que se deben aprovechar las diversas oportunidades que brindan las normativas procesal y sustantiva para que, una vez producido y consolidado un daño ambiental de resultados de una actuación administrativa —fundamentalmente, la construcción de una obra pública sobre suelos merecedores de algún tipo de protección ambiental o urbanística, pero también la de obra civil privada y la edificación residencial o comercial—, el reproche judicial no se traduzca inexorable e irremisiblemente en un perjuicio mayor. A la vista de las amplias facultades que ostentan los órganos judiciales para la conducción de la ejecución de las sentencias, y considerando la posible existencia de razones de interés público ajenas a la laxitud o de la contumacia administrativa, hay que allanar el camino a la ejecución alternativa de determinadas sentencias contencioso-administrativas recaídas en procesos de protección del medio ambiente, justamente por motivos de protección ambiental.

La elasticidad en la interpretación del concepto de imposibilidad material, la posibilidad de recurrir a la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia y la popularización del mecanismo de cumplimiento transaccional de las sentencias, combinados con instrumentos compensatorios de daños ambientales tales como los bancos de conservación puede favorecer una ejecución de sentencias que sea satisfactoria para todas las partes intervinientes en el proceso, sin menoscabo del interés general ni del principio de legalidad. El desarrollo de la figura de los bancos de conservación puede servir, por lo tanto, a un propósito inusitado, cual es el de articular ese cumplimiento de sentencias por equivalencia que ha empezado a abrirse camino en nuestra praxis judicial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J.M.: «La eficacia de las sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 177, 2016, pp. 85-102.
- «La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998», en *Revista Galega de Administración Pública* n° 57, 2019, pág. 278.
- «Capítulo 6. Medidas cautelares y ejecución de sentencias: balance de la Ley 29/1998», en CUDERO BLAS, J., PONCE SOLÉ, J. (coords.): *Balance y perspectivas de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en su XX aniversario*, Tirant lo Blanc 2019, pp. 109-128.

- BARCELONA LLOP, J.: «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (*Ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)», en *Revista de Administración Pública* n° 154, 2001, pp. 463-499.
- «Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia», en *Revista de Administración Pública* n° 164, 2004, pp. 371-388.
- CASADO CASADO, L.: «La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o mero desiderátum?», en *Revista General de Derecho Administrativo* n° 55 (Iustel, octubre 2020).
- CASTILLO BLANCO, F. A. «La ejecución propia e impropia de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 100, 2018, pp. 87-127.
- DE MIGUEL PAJUELO, F.: «Capítulo 7. La Ejecución de las Sentencias», en PALOMAR OLMEDA, A. (dir): *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Tomo II. Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2ª ed., 2012, pp. 795 y ss.
- EZQUERRA HUERVA, A.: «El cumplimiento transaccional de las sentencias contencioso-administrativas», *RAP* n° 210, 2019, pp. 217-258.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», en *Revista de urbanismo y edificación*, n° 29, 2013, pp. 77-95.
- «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública* n° 203, 2017, pp. 139-162.
 - «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de un cumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista de Administración Pública* n° 73, 1974, pp. 151-178.
 - «La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n°100, 2018, pp. 165-198.
 - «Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo», en *Veinte años de la ley de lo contencioso administrativo. Actas del XIV Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2019, pp. 405-442.
 - «Confirmación de la sujeción de los proyectos de obras en vías urbanas, como la reforma de la M-30, a evaluación de impacto ambiental (comentario a la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2011)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 23, 2011, pp. 115-121.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico (parte segunda)», en *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación* n° 21, 2010-1, pp. 15-47.

- GEIS CARRERAS, G.: *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, 2ª ed., Barcelona, 2013.
- Problemas específicos y últimos avances jurisprudenciales en materia de ejecución de sentencias urbanísticas, en *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación* n° 21, 2010-1, pp. 129-153.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson— Civitas, Madrid, 2008.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: «La ejecución de las sentencias urbanísticas con especial referencia a la imposibilidad legal y material», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n°100, 2018, pp. 191-248.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Jurisdicción contencioso-administrativa e inejecución por la Administración de sus actos firmes (comentario a la STS de 20 de junio de 2005, recurso de casación núm. 3100/2003)», en GARCÍA DE ENTERRÍA E. y ALONSO GARCÍA R. (coords.): *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I. España, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012, pp. 1519-1544.
- MARÍN ENRÍQUEZ, O.E.: «Los bancos de conservación en España y su estado actual», en *Actualidad Jurídica Ambiental* n° 111, 26 de abril de 2021.
- PEÑALVER I CABRÉ, A.: «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos», en *Revista de Administración Pública* n° 190, 2013, pp. 149-194.
- *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo: legitimación y limitaciones económicas*, ed. Aranzadi, 2015.
- PÉREZ ALONSO, J.: «La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos de “inejecución” de sentencias», en *Revista General de Derecho Administrativo* n° 40, Iustel, 2015.
- PICÓ LORENZO, C.: «La ejecución de sentencias», en *La nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 465-530.
- REBOLLO PUIG, M.: «Nulidad de reglamentos y actos administrativos por contrariar sentencias», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 104, 2019, pp. 45-105.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.: «El acceso a la justicia ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus», en *Revista catalana de Dret ambiental*, vol. IX n° 1, 2018, p. 1-53.
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J.: «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español», en *Revista de Administración Pública* n° 193, 2014, pp. 165-195.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Madrid, Iustel, 2010.

SORIANO GARCÍA, J. E.: *El Poder, la Administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Iustel, Madrid, 2012.

- «Solución extrajudicial de conflictos y ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La mediación como remedio (asunto edificio Conde de Fenosa, La Coruña)», en *Revista de Urbanismo y Edificación* n° 44, 2020.

UNOS APUNTES SOBRE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL ÁMBITO FORESTAL ESPAÑOL

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. LA GESTIÓN FORESTAL CLAVE EN LA FIJACIÓN DE POBLACIÓN EN EL MEDIO RURAL Y EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LOS INCENDIOS FORESTALES.– II. LA NECESIDAD DE ARTICULAR FIGURAS QUE COMPENSEN LAS EXTERNALIDADES AMBIENTALES DE LOS MONTES: 1. El Pacto Verde Europeo y el Paquete Fitfor55. 2. Informe del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2020, «Sobre la Estrategia Forestal Europea: El camino a seguir» [2019/2157(INI)]. 3. La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética. 4. La necesaria categorización del concepto jurídico de «servicio ambiental o externalidad». 5. Identificación de figuras jurídicas que puedan articular la compensación o pago por los servicios ambientales o externalidades de los montes. Con especial consideración a la función de sumidero de carbono.– III. LA NUEVA ESTRATEGIA DE LA UE EN FAVOR DE LOS BOSQUES PARA 2030. 1. Posición del Parlamento Europeo: «Estrategia Forestal Europea: el camino a seguir». Los bosques desempeñan un papel fundamental en la consecución de los objetivos del Pacto Verde Europeo. 2. Comunicación de la Comisión, de 16 de julio de 2021, «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030».– IV. LA NUEVA PAC (2023-2027). LA ARQUITECTURA AMBIENTAL: 1. El Plan Estratégico de la PAC. 2. Pilar I (pagos básicos, condicionalidad y ecoesquemas o ecorregímenes). 3. Pilar II. Desarrollo rural: Aspectos relativos al medio ambiente y el clima. 4. Momento en el que estamos. 5. El Plan Estratégico de España.– V. RECAPITULACIÓN Y ALGUNAS CONSIDERACIONES MÁS.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los terrenos forestales desempeñan un papel principal ante los desafíos del Cambio Climático, así como para el desarrollo de la actividad económica y el empleo en las zonas rurales. Y para este fin es esencial que se compensen los servicios ambientales que prestan. Desde este presupuesto, en el presente trabajo se analizan las posibilidades que presenta la Nueva PAC 2023-2027 para movilizar el enorme potencial de los montes como escudo en la lucha contra el cambio climático y como motor de impulso económico en las zonas rurales.

Palabras clave: cambio climático; gestión forestal sostenible; sector UTCUTS; desarrollo rural; plan estratégico; pago por servicio ambiental; multifuncionalidad.

ABSTRACT: *Forest lands play a major role in facing the challenges of Climate Change, as well as for the development of economic activity and employment in rural areas. And to this end it is essential that they compensate for the environmental services*

they provide. Based on this assumption, this paper analyzes the possibilities presented by the New CAP 2023-2027 to mobilize the enormous potential of forests as a shield in the fight against climate change and as an engine of economic impulse in rural areas.

Key words: climate change; sustainable forest management; LULUCF sector; rural development; strategic plan; payment for environmental services; multifunctionality.

I. LA GESTIÓN FORESTAL CLAVE EN LA FIJACIÓN DE POBLACIÓN EN EL MEDIO RURAL Y EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LOS INCENDIOS FORESTALES

España es el país europeo en el que más se incrementa la superficie forestal arbolada cada año (1). Nuestro país ha aumentado más de un 30% su superficie forestal arbolada en los últimos 25 años; se ha producido un muy importante aumento de superficie forestal en España, debido a la sustitución de cultivos excedentarios por explotaciones forestales en aplicación de la PAC, así como el abandono de tierras agrarias, que ha llevado a una regeneración natural del monte, que ha sorprendido a los propios ingenieros de montes. No obstante, el estado de conservación de nuestros montes debería mejorarse considerablemente.

No puede obviarse la importancia del sector forestal como soporte de nuestra economía y como fuente de los denominados servicios de los ecosistemas. De ahí que se califiquen por la propia Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de Montes como «Infraestructura Verde» (2). Por ello es fundamental asegurar una adecuada conservación de los montes, a través de una gestión activa que permita armonizar el desarrollo económico, social y ambiental de las zonas rurales donde se ubican, lo que no es otra cosa que una gestión forestal sostenible.

(1) Los montes ocupan en España el 55% del territorio nacional, frente al 40% en la UE. España es el tercer país con mayor superficie forestal de la Unión Europea, detrás Suecia y Finlandia.

(2) La Ley 21/2015 de Modificación de la Ley Básica de Montes consagra como nuevo principio inspirador de esta ley la consideración de los montes como «Infraestructuras verdes para mejorar el capital natural y su consideración en la mitigación del cambio climático» (letra «l» añadida al art 3.). El término «Infraestructura Verde» ya había sido recogido en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2013) 249 final de 6 de mayo de 2013 denominada «Infraestructura verde: mejora del capital natural de Europa», puesto que constituyen unos sistemas naturales prestadores de servicios ambientales de primer orden. Esta concepción del monte como infraestructura verde, ya se encontraba incorporada en la legislación autonómica posterior a la Ley de Montes de 2003, así, por ejemplo, el art. 4.2 de la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón, califica a los montes como «infraestructuras naturales básicas de la Comunidad Autónoma».

La concepción del monte como Infraestructura Verde, contempla a los montes desde las externalidades o servicios ambientales, como parte de su multifuncionalidad, que ofrecen a toda la sociedad (modificación del art. 4) lo que conduce a uno de los objetivos de la Ley 21/2015, que es contribuir a la imbricación del territorio forestal como una parte muy importante del mundo rural, al que pertenece, y a cuyo desarrollo ha de coadyuvar de forma activa por su multifuncionalidad. Dicha multifuncionalidad tiene que ser potenciada por la gestión forestal que sólo podrá considerarse que es sostenible cuando se logre con dicha gestión el equilibrio entre las funciones económicas, ecológicas y sociales, incluyendo las culturales (materiales e inmateriales), sin que ninguna de ellas vaya en detrimento de las demás. Y dicha gestión forestal tiene que existir, adaptada a las diferentes clases de montes, para la cual la Ley 21/2015, ha introducido una nueva regulación en lo que se refiere a la clasificación de los montes, así como, ha recogido medidas ya contenidas en la normativa autonómica dirigidas a la simplificación de los instrumentos de gestión, para favorecer su implantación.

Consolidada la superficie forestal en España, el reto para las próximas décadas está en rentabilizar, de forma sostenible, ese crecimiento. Nuestro patrimonio natural y forestal debe ser considerado como una infraestructura básica de España porque con su multifuncionalidad contribuye a la satisfacción de muchas de las actuales demandas de la sociedad (cobeneficios ambientales y sociales): creación de riqueza y empleo en el medio rural; lucha contra el cambio climático, por el papel de los bosques como sumideros de CO₂; generación de energías alternativas no contaminantes y reducción de la combustibilidad del monte a través de la biomasa forestal; y regulación de avenidas, control de procesos erosivos y contribución al mantenimiento de la calidad del agua.

Ha de tenerse presente que la inversión en gestión forestal es productiva y devuelve valor a la sociedad y a la Administración, dado que genera mucho empleo en las zonas rurales, incrementa tanto la producción de los montes como el valor de sus productos y tiene repercusiones directas sobre el paisaje, el medio ambiente y la calidad de los alimentos que se producen en la zona.

La rentabilidad social implica una mayor conexión monte-sociedad que facilite su conservación y puesta en valor. Para lograr la optimización de la multifuncionalidad del monte, que no es otra cosa que una gestión sostenible (pues la gestión sostenible de los montes pasa porque su gestión permita, en la medida de lo posible, la máxima realización de todo su potencial multifuncional), es necesario regular la planificación y ordenación de los terrenos forestales desde una visión global del monte (3) que garantice el necesario equilibrio

(3) Los montes son multifuncionales o plurifuncionales, es decir, ofrecen simultáneamente diferentes funciones (bienes y servicios) a la sociedad para fines económicos, sociales y medioambientales. Además de las funciones ambientales que cumplen los montes (aquellas

entre los criterios económicos, sociales y medioambientales, para lograr poner en valor lo que nuestros ecosistemas forestales ofrecen desde el punto de vista medioambiental, turístico, pero también como fuente de riqueza y empleo en las zonas rurales, y todo ello insertándolos en el territorio, y no como un «territorio distinto al resto». Ha de romperse la falsa dicotomía entre forestal y medio natural, y corregir el desenganche conceptual entre montes y sociedad rural (4), siendo todo ello de máxima importancia, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los montes en España son montes particulares o privados.

Los montes son el único sector nombrado en la COP 21 como estratégico en la lucha contra el Cambio Climático desde la mitigación y la adaptación (5). Así ha sido reconocido en la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030 (2021) y en Nuevo Pacto Verde (Green New Deal) (2019), que prevé en el gran apartado de «Acción por el Clima: Descarbonización de la economía», la adopción de medidas legislativas, entre las que se incluye: integración del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en los esfuerzos de reducción de las emisiones (regulado en el Reglamento (UE) 2018/841 UTCUTS, sobre uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura) (6). De acuerdo con el Reglamento (UE) 2018/841 UTCUTS, las únicas actividades económicas que pueden fijar CO₂ como consecuencia de su propia actividad son las correspondientes al sector UTCUTS, fundamentalmente por la capacidad que tienen los terrenos forestales de acumularlo en

que de forma directa o indirecta favorecen la regulación del régimen hídrico, la atenuación de procesos erosivos, mitigación del cambio climático y la fijación de CO₂, y otros servicios ambientales. Es decir, se obtienen productos de uso indirecto o de no uso), los montes ofrecen a la sociedad también funciones productivas o económicas, de gran importancia, aunque a menudo están subestimadas (aquellas que permiten obtener bienes a precio de mercado sin comprometer la conservación de las masas: los bosques proporcionan madera, biomasa forestal, considerada actualmente como la fuente más importante de energía renovable, y una amplia gama de otros productos, como la resina, el corcho, las plantas medicinales, las setas, los frutos, la caza, etc.), y por último, ofrecen también los montes funciones sociales (se obtienen bienes que aportan bienestar directo y que se asimilan a bienes públicos de uso indirecto: contribuyen a la mejora de la salud pública, y sus valores turísticos y recreativos son muy apreciados). Vid. J.M^o. ABREU Y PIDAL, 1995: pp.33 a 37 y R. DE VICENTE DOMINGO, R., 1995: pp.111 y 112.

(4) Vid. el revelador e imprescindible artículo de J. CASAS GRANDE, J., 2013: pp.96 a 105.

(5) La COP 21, que terminó con la adopción del Acuerdo de París en el que se establece el marco global de lucha contra el cambio climático a partir de 2020, por primera vez reconoce formalmente la multifuncionalidad de los montes en la lucha contra el cambio climático (el sector forestal es el único sector expresamente mencionado en la COP 21, art. 5). Su capacidad para reducir las emisiones de CO₂ es sólo uno de los magníficos servicios ambientales que estos trabajadores incansables prestan a la sociedad a cambio de un poco de atención y cuidado. Entre esos servicios se encuentra también de forma muy destacada la regulación del recurso hídrico. M. SARASÍBAR IRIARTE, 2016b): pp. 307-314.

(6) D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., 2020.

la biomasa leñosa y en los suelos, y la que consigue la industria de la madera al elaborar productos que lo mantienen durante décadas o incluso siglos. La actividad forestal podría ayudar a compensar las emisiones de la actividad agrícola y ganadera, e incluso conforme al artículo 7 del Reglamento ESR, compensar parte de las emisiones del resto de sectores difusos (7).

Esto supone un claro avance en el reconocimiento del sector forestal en su papel frente al cambio climático; puesto que, antes de aprobarse los reglamentos de 2018, las absorciones del sector forestal no podían ser contabilizadas ni compensar emisiones de otros sectores, y ahora se permite, aunque excluyendo aquellas absorciones que se entiendan resultado del crecimiento natural de las masas y de las prácticas de gestión pasadas.

En efecto, los montes constituyen una de las herramientas más importantes para lograr el compromiso de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55 % de aquí a 2030 y la neutralidad climática en 2050 en la UE. Es más, se ha comprobado científicamente que las prácticas asociadas a la gestión forestal pueden contribuir de manera significativa a la fijación de carbono tanto en la vegetación como en el suelo. Si bien los bosques son muy sensibles al cambio climático, también son parte de la solución pues absorben y almacenan carbono como biomasa. Pero también proporcionan materiales de origen biológico que pueden sustituir a los materiales fósiles o con altas emisiones de carbono y, por lo tanto, desempeña un papel importante en la transición hacia una economía con bajas emisiones de gases de efecto invernadero. Esta fuente renovable de materias primas, pueden desempeñar un papel importante en la bioeconomía forestal circular (8); al mismo tiempo, el sector forestal es una fuente importante de empleo y de diversificación para las zonas rurales de la Unión. Paradójicamente, las zonas más afectadas por la despoblación son precisamente las que tienen una mayor riqueza forestal. Un país como España, en la que los espacios forestales cubren el 55% del territorio, la movilización de los recursos forestales permitiría dinamizar la actividad económica en el medio rural. Para abordar el reto de la despoblación es fundamental poner en marcha una adecuada política forestal que ayude a crear puestos de trabajo en zonas rurales y a fijar población. No existe otra actividad con un grado de solapamiento territorial tan estrecho como la forestal. De ahí que se pueda afirmar el alto componente de cohesión territorial que tiene la actividad forestal (9).

(7) Vid. B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, 2019d.

(8) Sobre esta materia téngase en cuenta B. BERTRAND, 2019.

(9) Vid. M.G. GÓMEZ-ZAMALLOA, 2015: pp. 29 a 34. Y así ha sido puesto de manifiesto en la Nueva Estrategia de la Unión Europea sobre las zonas rurales: pacto verde, visión a largo plazo, de 30 de junio de 2021, que resalta la bioeconomía como uno de los factores que pueden capitalizarse para un mejor futuro rural. Vid. sobre la nueva estrategia de la Unión Europea sobre las zonas rurales D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2021.

La existencia de una actividad económica sostenible asociada al aprovechamiento y utilización de los recursos forestales permitirá que la población pueda mantenerse en estas zonas haciendo viable su desarrollo, y convirtiendo a sus gentes en principales valedores del territorio. El sector forestal español dispone de suficiente materia prima para, en el marco de la bioeconomía, satisfacer las cada vez más exigentes demandas sociales sin poner en riesgo la sostenibilidad de los sistemas forestales ni comprometer sus otros usos y funciones. Por ello, crear políticas activas que incentiven su aprovechamiento racional constituye la primera solución a los retos planteados en muchas de las áreas rurales españolas, entre los que se encuentran la despoblación y la lucha contra el cambio climático. Al mismo tiempo, será la mejor medida preventiva para aminorar la incidencia de incendios forestales. En España, sobre todo, el potencial del bosque mediterráneo es altamente inflamable debido a que se halla a medio camino de los procesos de regeneración natural en condiciones iniciales y, en muchos casos, no hay ecosistemas forestales maduros. Y para favorecer la regeneración natural y promover masas más maduras, la única herramienta es gestionar el bosque (10).

No obstante, la realidad es que a lo largo del territorio español apenas se han desarrollado instrumentos de planificación forestal y la mayoría de los montes no cuentan con un instrumento de gestión forestal. Esta situación se ve agravada por el alto porcentaje de superficie forestal privada en España (una media cercana al 70% de la superficie forestal nacional). A pesar de su exigencia legal (art. 33 Ley Básica 43/2003, de 21 de noviembre, de montes) la gran mayoría de los montes privados de pequeño tamaño no estén ordenados. Esta ausencia de planificación supone una falta de criterios o referentes técnicos de gestión para el pequeño propietario forestal que, en muchas ocasiones, no sabe qué hacer con su monte. Si a esto se une que la legislación forestal exige un mayor control administrativo para las actuaciones en montes sin instrumento de planificación, el resultado es la ausencia total de gestión o abandono, lo que constituye una auténtica bomba de cara a los incendios forestales. Un bosque sin gestionar tarde o temprano arde.

Hasta la fecha, el montante mayor en materia de incendios forestales se destina a la extinción y no a la prevención mediante la gestión forestal. Urge cambiar esta dinámica porque estos incendios forestales cada vez, con mayor frecuencia, se convierten no solo en grandes incendios forestales (GIF) sino en lo que se vienen llamando «Incendios Forestales de Sexta Generación» o incendios no previsibles, que obliga a combatirlos desde la incertidumbre. En España todos los años los montes crecen a lo largo de las tierras agrícolas abandonadas, unido esto a la despoblación, tenemos grandes extensiones

(10) Vid. I. PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL y C. JIMÉNEZ SHAW, C., 2019): pp. 158-219.

continuas de masa forestal compacta sin gestionar, que se traduce en una «gran gasolinera vegetal». Y estas masas en muchísimos casos llega hasta los mismos pueblos, dado que no hay ni agricultores ni ganaderos que mantengan a raya el avance de la floresta. Esto da lugar a que cuando se produce la ignición de estas masas inflamables bajo olas de calor, el incendio crea su propio ambiente de fuego; su propio patrón de propagación, llegando a alterar, incluso la meteorología (formación de pirocúmulos) (11). Ante este fenómeno, la única solución es la gestión forestal. Cada vez más nos vamos a encontrar con episodios extremos en los que los equipos de extinción, por muy preparados que estén, no podrán dar respuesta ante el incendio forestal. Aseguran los expertos que en materia de extinción ya no hay mucha más capacidad para mejorar sólo la gestión forestal permitirá tener oportunidades de éxito.

La no gestión no es una opción porque acaba abocando a un incendio, que, con mucha probabilidad, se convertirá en un incendio extremo. Afirman

(11) La despoblación y el abandono de la superficie agrícola descontrola la proliferación de masa forestal. Durante las últimas décadas, la superficie de los bosques ha aumentado en detrimento del cultivo, los nuevos bosques son más densos, y esto provoca un espacio cada vez más vulnerable a la sequía y a los incendios.

Cada vez con más frecuencia los incendios forestales nos pasan por encima y nos va a seguir pasando. Según vienen adelantando los técnicos, dentro de poco, vamos a tener que tratarlos como huracanes y evacuar toda una comunidad. Se trata de los incendios forestales denominados de «sexta generación». Suponen un nuevo reto mayúsculo. Este nuevo tipo de catástrofe ambiental surge como consecuencia del cambio climático y el aumento de la masa forestal. Estos incendios de sexta generación tiene una dinámica de propagación propia: el fuego lanza columnas de convección a la troposfera que, al enfriarse en las capas altas, se desploman de nuevo sobre el suelo. Esto tiene un efecto multiplicador en la expansión del incendio, y puede provocar cientos de nuevos focos secundarios. La energía que libera el incendio consigue cambiar la atmósfera y los medios de extinción que se emplean hasta ahora no sirven. Es algo que la ciencia aún no sabe explicar pero que es una realidad. Ejemplos directos de ello lo encontramos en los incendios acaecidos a lo largo del verano de 2021, en Navalacruz (Ávila, agosto 2021) y Sierra Bermeja (Málaga, septiembre 2021), y en junio 2022, Sierra de la Culebra (Zamora), que en un solo día arrasó 17.000 hectáreas.

La frecuencia de los incendios forestales es cada vez menor, pero los más grandes ocupan cada vez más extensión. Se da una paradoja: mientras más éxito se tiene en la extinción, más creamos las condiciones para tener un megaincendio. Esta circunstancia se explica porque al controlar los incendios más pequeños aumentamos el combustible disponible en los montes y, por tanto, aumentamos la posibilidad de que se produzca un incendio imposible de controlar. Y, claro está, este fenómeno se da porque los montes no están gestionados.

Sobre incendios forestales téngase muy en cuenta las «Orientaciones estratégicas para la gestión de incendios forestales en España», de 21 de noviembre de 2019, aprobadas por el Comité de Lucha contra Incendios Forestales (CLIF) (disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/incendios-forestales/orient_estrategicas_gestion_iiff-2019_tcm30-512358.pdf), que se consideran por el MITECO tan relevantes que se han elevado a la Conferencia Sectorial.

En esta materia, téngase muy en cuenta: I. PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL y C. JIMÉNEZ SHAW, 2019: pp. 158-219.

los expertos que la falta de gestión es la base de los incendios extremos. El Cambio Climático es un añadido más que solo hace visible el problema de fondo: la falta de gestión.

El concepto de Gestión Forestal Sostenible se basa en tres pilares: económico, social y ambiental. Estos pilares se tratan a menudo como elementos separados. Sin embargo, para que una política sea verdaderamente sostenible, los tres componentes deben trabajar en sinergia. Una actividad económicamente rentable eventualmente fallará si los recursos en los que se basa se degradan. Y muchas estrategias de protección ambiental no tendrán éxito a largo plazo, a menos que promuevan el uso rentable y sostenible de los recursos. Y para asegurar la rentabilidad de los montes es indispensable que se paguen los servicios ambientales que presta el monte y que son tan esenciales para el bienestar de la sociedad.

II. LA NECESIDAD DE ARTICULAR FIGURAS QUE COMPENSEN LAS EXTERNALIDADES AMBIENTALES DE LOS MONTES

1. El Pacto Verde Europeo y el Paquete Fitfor55

El Pacto Verde Europeo prevé, en el gran apartado de «Acción por el Clima: Descarbonización de la economía», la adopción de medidas legislativas que incluyen:

- La revisión del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (RCDE).
- Determinar objetivos nacionales de emisiones en los sectores que no entran en el ámbito de aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE. Estos sectores, en particular el transporte, la construcción, la agricultura, la industria no relacionada con el RCDE y la gestión de los residuos, representan casi un 60% del total de las emisiones de la UE (12).

(12) Según consta en el Resumen de las políticas y medidas nacionales notificadas sobre la mitigación del cambio climático en Europa en 2019 de la Red Europea de Información y de Observación sobre el Medio Ambiente (EIONET), más del 10% de las políticas puestas en marcha por los estados miembros son relativas a políticas agrícolas que tienen efectos sobre las emisiones de gases de efecto invernadero. Sin embargo, rara vez se cuantifican (el 18 % de las medidas de mitigación que afectan al sector agrícola tienen al menos una estimación cuantitativa de los ahorros de emisiones previstos). En 2019, los Estados miembros notificaron 212 políticas agrícolas con efectos sobre las emisiones de GEI. La mayoría (hasta un 72 %) se ejecutaron en respuesta a la Política Agrícola Común de la UE. Los objetivos más comunicados son la reducción del uso de fertilizantes y estiércol en las tierras de cultivo (38% de todas las políticas y medidas agrícolas) y la mejora de los sistemas de gestión de los residuos animales (30% de todas las políticas y medidas agrícolas).

- Integración del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en los esfuerzos de reducción de las emisiones [regulado en el Reglamento (UE) 2018/841 UTCUTS (13)].

En el contexto del Pacto Verde Europeo, la UE se ha fijado el objetivo vinculante de lograr la neutralidad climática de aquí a 2050. A tal fin, a lo largo de las próximas décadas habrá que reducir sustancialmente los niveles actuales de emisiones de gases de efecto invernadero. Como paso intermedio hacia la neutralidad climática, la UE ha elevado su ambición en materia de clima para 2030 comprometiéndose a reducir las emisiones en al menos un 55 % de aquí a 2030. Este objetivo se articula a través del denominado «Paquete Fitfor55». En el marco del paquete de medidas «Objetivo 55», la UE está revisando su legislación en materia de clima, energía y transporte con el fin de adaptar las normas vigentes a sus ambiciones para 2030 y 2050. Este paquete de medidas incluye asimismo una serie de iniciativas nuevas en las que tienen un papel relevante los montes como sumideros de carbono. De tal forma, la Comisión ha propuesto un amplio conjunto de cambios que, entre otros aspectos (14), tiene por objeto reforzar la contribución del sector del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura (UTCUTS) a la mayor ambición global de la UE en materia de clima. Es necesario invertir la actual tendencia a la baja de la absorción de carbono y mejorar el sumidero natural de carbono en toda la UE. Concretamente, la revisión de la legislación vigente propone:

- Fijar una meta a escala de la UE para la absorción neta de gases de efecto invernadero de al menos 310 millones de toneladas equivalentes de CO₂ para 2030, que se reparte entre los Estados miembros como objetivos vinculantes;
- Simplificar las normas contables y de cumplimiento y mejorar el seguimiento;
- Ampliar, a partir de 2031, el ámbito de aplicación del Reglamento para incluir las emisiones distintas del CO₂ procedentes de la agricultura;
- Fijar un objetivo de neutralidad climática a escala de la UE de aquí a 2035 para este nuevo sector combinado de la tierra.

Esta propuesta, lleva aparejada una nueva revisión del Reglamento (UE) 2018/841 UTCUTS, sobre uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la

(13) Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, y por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 525/2013 y la Decisión núm. 529/2013/UE.

(14) El Consejo de Medio Ambiente estudió esta propuesta el 17 de marzo de 2022.

selvicultura. De acuerdo con este Reglamento UTCUTS, las únicas actividades económicas que pueden fijar CO₂ como consecuencia de su propia actividad son las correspondientes al sector UTCUTS, fundamentalmente por la capacidad que tienen los terrenos forestales de acumularlo en la biomasa leñosa y en los suelos, y la que consigue la industria de la madera al elaborar productos que lo mantienen durante décadas o incluso siglos. La actividad forestal podría ayudar a compensar las emisiones de la actividad agrícola y ganadera, e incluso conforme al artículo 7 del Reglamento ESR, compensar parte de las emisiones del resto de sectores difusos.

Esto supone un claro avance en el reconocimiento del sector forestal en su papel frente al cambio climático; puesto que, antes de aprobarse los reglamentos de 2018, las absorciones del sector forestal no podían ser contabilizadas ni compensar emisiones de otros sectores, y ahora se permite, aunque excluyendo aquellas absorciones que se entiendan resultado del crecimiento natural de las masas y de las prácticas de gestión pasadas. La cuantía de estas absorciones no explicables por mejora de la actividad forestal debe establecerse a través de los Niveles de Referencia Forestal (o FRL, por sus siglas en inglés).

Conforme al Reglamento (UE) 2018/841 se tiene en cuenta dentro de la contabilidad del sector UTCUTS las absorciones y emisiones que tengan lugar en las siguientes categorías de tierras:

- Tierra forestal gestionada
- Tierras forestadas
- Tierras deforestadas
- Pastos gestionados
- Cultivos gestionados
- Humedales gestionados (a partir de 2026, en el segundo periodo)

Las absorciones que realicen las tierras forestales gestionadas que sobrepasen el FRL se utilizarán para cumplir con la norma de deuda cero, por la cual las emisiones del conjunto del sector UTCUTS no pueden superar el de sus absorciones, sobradamente cumplido en el caso de España o, dicho de otra manera, que el sector no se convierta en una fuente neta de emisiones. Se podría decir que busca un equilibrio entre las emisiones y las absorciones dentro del propio sector, lo que limita también la ambición en su función como sumidero.

El Reglamento permite una serie de mecanismos de flexibilidad a los Estados miembros para cumplir con sus compromisos climáticos, la principal como ya se ha comentado, equilibrar las emisiones de una categoría de tierra con las absorciones en otra dentro del sector UTCUTS, pero además abre la puerta a utilizar las absorciones de las categorías de tierras forestadas, tierras deforestadas, cultivos gestionados y pastos gestionados para apoyar en la

mitigación de otros sectores difusos (hasta un máximo de 29,1 Mt CO₂ eq para todo el periodo 2021-2030), e incluso traspasarlas a otro estado miembro. También permite contabilizar las absorciones netas del primer periodo en el segundo período de cumplimiento.

La existencia de estos mecanismos de flexibilidad hace que los bosques, sean en primer lugar una solución fácil y accesible para compensar las emisiones de la agricultura (difícilmente mitigables en su totalidad), pero también podrán servir para compensar las emisiones del resto de sectores difusos (transporte, edificación, ganadería, etc.)

En lo que respecta a la administración forestal, el FRL es una referencia a nivel nacional que no se desagrega a nivel autonómico, por lo que tampoco tendría una incidencia directa en la gestión que realizan las Comunidades Autónomas para alcanzar ningún objetivo, aunque estemos todos de acuerdo y aceptemos la necesidad de seguir realizando la mejor gestión forestal sostenible posible.

El FRL también abarca a los productos de la madera, por lo que indirectamente se fomentará el uso de productos forestales tanto por su capacidad de secuestro de carbono, como de sustitución de otros productos basados en hidrocarburos o que requieran altas cantidades de energía para su fabricación.

En cuanto a la biomasa destinada a fines energéticos, le es de aplicación el concepto de «oxidación instantánea», es decir, se considera que el total de carbono almacenado en los productos de madera aprovechada para este fin se vierte a la atmósfera en el momento de la recolección. En este sentido y a diferencia de los productos de madera indicados anteriormente, estos aprovechamientos si se contabilizan como emisiones por lo que el reglamento desincentivaría indirectamente su utilización al promover una disminución de los stocks de carbono. No obstante, hay que señalar su interés como recurso de proximidad y su efecto sustitutivo de otras fuentes de energía también emisoras.

En relación con las repoblaciones es esperable que estas aumenten por varios motivos. En la Unión Europea el sector UTCUTS ha sido un sumidero neto de GEI relativamente estable, pero las proyecciones que presenta la Comisión muestran que, con el aumento de la demanda de madera y biomasa, combinado con el envejecimiento de la estructura de los bosques, este sumidero de carbono podría correr el riesgo de disminuir.

El propósito del FRL no es restringir las futuras prácticas forestales en los Estados miembros, ni fijar un umbral que deba cumplirse o mejorarse, y aunque el propio sistema pueda incentivar o desincentivar determinadas líneas en el sector, deja en manos de los estados el fijar y regular los objetivos y esfuerzos a realizar en materia forestal y cambio climático. El aumento de fijación de CO₂ por encima del nivel de referencia, se podrá conseguir mediante el

incremento de las existencias de biomasa por hectárea dinamizando la gestión, y mediante el incremento de las cortas de madera y productos derivados. Incrementar el ritmo de repoblación constituiría un sistema «paralelo» para aumentar las absorciones.

En este marco, el Gobierno ha aprobado la «Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo» (ELP), el 3 de noviembre de 2020, que marca la senda para alcanzar la neutralidad climática en 2050. En este documento y en sus anexos se dedican apartados específicos sobre los «Sumideros naturales de carbono» en el que indican las proyecciones a 2050 y los objetivos a cumplir en materia de bosques y clima.

La estrategia fundamentalmente se centra en la reducción de emisiones en todos los sectores económicos, mediante acciones de mitigación, que debieran permitir una reducción para 2050 del 90%. El 10 % restante, debido principalmente a la agricultura, se espera que sea compensado con los sumideros naturales y fundamentalmente con las absorciones que realizan de los bosques.

2. Informe del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2020, «Sobre la Estrategia Forestal Europea: El camino a seguir» [2019/2157(INI)]

Pero estos servicios ambientales o externalidades ambientales tan importantes que ofrece el monte a la sociedad, y que si no existieran habría que invertir lo que hiciera falta para poder tenerlas, no están compensadas o pagadas de ninguna manera. En este sentido se pronuncia claramente el Parlamento Europeo en su informe, de 7 de septiembre de 2020, «Sobre la Estrategia Forestal Europea: El camino a seguir» [2019/2157(INI)]. Señala que los servicios ecosistémicos, como la captura de CO₂, la protección de la biodiversidad o la mejora del suelo, «no están remunerados adecuadamente». De hecho, afirma que «los silvicultores que se centran en transformar sus bosques en este sentido podrían estar gestionando en la actualidad sus bosques con pérdidas, a pesar de que prestan servicios ecosistémicos esenciales». Por ello, solicitan a la Comisión y a los Estados miembros que «estudien opciones para incentivar y remunerar adecuadamente los servicios ecosistémicos relacionados con el clima, la biodiversidad y otros, al objeto de lograr una reconversión forestal económicamente viable».

En definitiva, para que los silvicultores puedan afrontar una gestión forestal climática, es decir, una Gestión Forestal Sostenible con criterios climáticos, el legislador español tiene la tarea por delante de articular una regulación que posibilite el pago de los servicios ecosistémicos que prestan los montes, tan importantes para España como se acaba de exponer.

3. La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética

Así ha sido reconocido en la reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, en su Exposición de Motivos expresamente afirma que «alcanzar la neutralidad climática requiere de una política firme y coordinada, así como de las inversiones necesarias, para la conservación y mejora de la biodiversidad, y de los stocks de carbono en nuestros montes y masas forestales, humedales y en las superficies de usos agropecuarios».

Del mismo modo reconoce que «la política agraria común, la de desarrollo rural y la forestal son clave para alcanzar el objetivo de neutralidad climática», por lo que la ley en su art. 25 establece que «El Gobierno incorporará en la aplicación de la Política Agraria Común, así como en otras estrategias, planes y programas en materia de política agraria y de desarrollo rural, y en el Plan Forestal Español, medidas encaminadas a reducir la vulnerabilidad al cambio climático de los suelos agrícolas, de los montes y de los suelos forestales y para facilitar la preservación de los mismos, entre ellas, la elaboración de un mapa de vulnerabilidad, así como la evaluación y promoción de sistemas agrícolas y prácticas de gestión forestal sostenibles para aumentar su resiliencia frente al cambio climático, que fomentarán en todo caso las sinergias con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en estos ecosistemas».

Y, en la misma línea, se recoge la necesidad de incentivar la participación de los propietarios y gestores públicos y privados en el aumento de la capacidad de captación de CO₂ de los sumideros de carbono terrestres y marinos, especialmente los del sector agrario y forestal. Para ello, junto con su identificación, evaluación y seguimiento se fomentarán sus cobeneficios como motor de desarrollo de las zonas rurales.

En concreto, el art. 26, apartados 2 y 3 de la Ley 7/2021 dispone: «2. Las Administraciones Públicas, en el marco del Consejo Nacional del Clima y la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, adoptarán las acciones oportunas para incentivar la participación de personas y entidades propietarias y gestoras públicas y privadas, especialmente los del sector agrario y forestal, en el aumento de la capacidad de captación de CO₂ de los sumideros de carbono.3. A los fines señalados en los apartados anteriores, se fomentarán las acciones que resalten las externalidades positivas que proporcionan los sumideros de carbono terrestres y marinos, especialmente aquellas que proporciona el sector agrario y forestal, así como el uso de la biomasa de origen primario como fuente de materiales, los productos forestales de los montes como materias primas con ciclo de vida óptimo, servicios ecosistémicos y energía de origen renovable y sostenible. A tal efecto, la acción de fomento señalada se llevará a cabo en el marco del necesario apoyo a la bioeconomía

como motor de desarrollo de las zonas rurales, y adaptada a las obligaciones ligadas a la calidad del aire» (15).

Pero, ¿mediante qué instrumentos jurídicos se puede llegar a poner en marcha lo que la Ley 7/2021 llama «cobeneficios»?

Por otro lado, el informe del gobierno «España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo», cuya consulta pública se ha abierto en junio 2021, establece que «La industria también tendrá que acometer cambios profundos, tanto para reorientarse hacia sectores emergentes fruto de la transición ecológica, como para reducir sus emisiones y lograr una mayor circularidad en sus procesos. Las palancas que acelerarán la transición serán las mejoras de la eficiencia energética y la implementación de energías renovables en subsectores estratégicos. El reto será particularmente mayúsculo en determinadas actividades difíciles de descarbonizar como las industrias intensivas en el uso de energía (fabricación de cemento, acero o productos químicos), donde será imprescindible el desarrollo de productos alternativos de procesos de fabricación menos contaminantes, la compensación de emisiones a través de sumideros de carbono naturales, o el uso de dispositivos tecnológicos de captura, almacenamiento y uso de dióxido de carbono».

Y, entre las sugerencias del propio plan para acometer este reto en el Objetivo 21, se indica «Reducir nuestras emisiones de gases de efecto invernadero en un 90% en 2050, cumpliendo con nuestro compromiso de alcanzar la neutralidad climática a mediados de siglo (el 10% restante procederá de la absorción de los sumideros de carbono)».

Mientras que en el Objetivo 27 se establece: «Aumentar las superficies forestales arboladas, con el fin de proteger la biodiversidad, mejorar la resiliencia de los ecosistemas e incrementar la capacidad de los sumideros de carbono, esencial para alcanzar la neutralidad climática en 2050. España deberá adoptar una tasa de reforestación media de 20.000 hectáreas al año durante el período 2021-2050 (en línea con los objetivos de la ELP), frente a las 15.000 hectáreas actuales».

(15) En la misma dirección, la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del Cambio Climático, no aporta medidas concretas de orden práctico ni diseña ningún mecanismo de compensación. Tras incluir expresamente a los bosques en la definición positiva de sumidero [art. 4.ñ] , siguiendo con ello lo contemplado en el AP, dos son las decisiones acordadas para esta Comunidad Autónoma a este respecto: la elaboración de un Inventario de emisiones a la atmósfera y de sumideros de CO₂ de Cataluña (art. 8.1) , y la adopción de unas medidas que, en materia de bosques y gestión forestal, se integren en la planificación, ejecución y control de las políticas sectoriales del ejecutivo autonómico catalán a fin de, entre otras medidas, optimizar su capacidad de actuar como sumideros (art. 13.1 y 18).

4. La necesaria categorización del concepto jurídico de «servicio ambiental o externalidad»

Para que el derecho positivo español regule figuras jurídicas que posibiliten el pago de los servicios ambientales que los montes ofrecen a la sociedad, que si no existieran tendríamos que pagar lo que fuera para poder tenerlos, se hace necesario la identificación de las figuras jurídicas que resulten más eficaces para el fin perseguido. Este pago, por otro lado, será un instrumento para garantizar el mantenimiento y conservación del monte: «El monte rentable no se quema».

La función de sumidero de carbono de los montes goza de la consideración legal de externalidad, así se establece en el art. 4 (Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, LM), por cuanto toda la sociedad se beneficia de la fijación del carbono atmosférico. Como quiera que el art. 6 (LM) no contiene una definición legal de externalidad, debemos acudir al apartado 17º del art. 3 (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, LPNB), que las concibe como «todo efecto producido por una acción, que no era buscado en los objetivos de la misma». Con base en el citado art. 4 (LM), doctrinalmente se ha conceptualizado a las externalidades como beneficios ambientales que producen los montes y que trascienden al conjunto de la sociedad. De la conjunción de ambas definiciones se infieren tres características de toda externalidad forestal: su accesoriedad o accidentalidad, por cuanto nunca se trata del efecto principal o buscado de la actividad o acción; es algo positivo, ya que no estamos ante un perjuicio o demérito; y tiene un anfibilógico carácter ambiental y social, bien porque afecta a un elemento integrante del Medio Ambiente, bien porque el destinatario de los beneficios de la misma es toda la sociedad, sin que pueda individualizarse en una persona o personas concretas y determinadas, lo que excluye su tráfico o transacción.

¿Son, pues, las externalidades y, en concreto la captura y almacenamiento de carbono atmosférico, un aprovechamiento forestal? Tradicionalmente se les ha venido considerando como un beneficio o utilidad indirecta, al igual que los típicos o tradicionales de protección del suelo y del ciclo hidrológico, también incluidos expresamente en el art. 4 (LM), que forman parte de la multifuncionalidad o plurifuncionalidad del monte (16), en la que se integrarían también los aprovechamientos forestales.

(16) Este concepto de «multifuncionalidad» o «plurifuncionalidad» del monte, nació en el VI Congreso Forestal Mundial celebrado en Madrid en 1966, ha tenido acogida en la normativa comunitaria europea, como, a modo de ejemplo, en la Resolución del Consejo de Europa sobre una Estrategia Forestal para la Unión Europea de 16 de diciembre de 1998 (Documento núm. 14244/1998), que reconoce «(...) el papel plurifuncional de los bosques como máxima superior de actuación» (apartado 5.a). Dicha Estrategia no deja duda al respecto: «La función primordial y tradicional de los bosques, conocida como "función de materia prima",

Las externalidades se han conceptualizado como un servicio ambiental sin valor de mercado, incluso como «servicio ecológico gratuito» que los propietarios forestales proporcionan a la sociedad. También se le ha denominado como «servicios a distancia», aunque este calificativo no haya tenido mucho éxito. Dichas externalidades, como funciones del monte, no son un uso del mismo. La diferencia es clara: a pesar de que en ambos casos estamos ante un beneficio o utilidad, el uso supone una iniciativa humana a su favor, bien individual o colectiva. En cambio, las externalidades forestales vienen intrínsecamente incorporadas a la mera existencia del monte, y benefician a la colectividad, dada su multifuncionalidad o plurifuncionalidad. La norma española UNE 162001 sobre gestión forestal sostenible, vocabulario, terminología y definiciones, en su apartado 2.31 concibe la multifuncionalidad como el triple papel que cumplen los montes: protección, producción y uso social. De este modo los aprovechamientos forestales ejercen el papel productor, y las externalidades los restantes.

La diferencia entre los servicios indirectos y los aprovechamientos forestales prima facie parece clara. Aunque también en ambos existe un beneficio, en los primeros prevalece el ambiental y el social, mientras que en el segundo es el económico; no son utilidades excluyentes. Además, los aprovechamientos forestales se refieren a objetos o cosas materiales y determinadas o específicas, es decir, productos, mientras que las externalidades son incorpóreas, lo que dificulta más su medición, aunque existen proyectos que están llegando a resultados muy esperanzadores.

Existen proyectos europeos con logros muy avanzados como LIFE FOREST CO₂, que tienen en su haber:

— La Cuantificación y modelización de la absorción antropógena neta que se genera con motivo de la aplicación de actuaciones de selvicultura del carbono en las especies *Pinus halepensis* y *Pinus pinaster*;

es su utilización como recurso regenerable para la obtención de madera y otros productos, como resina, corcho, setas y bayas. Aparte de su función económica, los bosques aportan toda una serie de beneficios que pueden considerarse útiles para la sociedad (...). En la última década, el papel de los bosques en la fijación de los óxidos de carbono ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor. Habida cuenta de que, en general, los bosques desempeñan varias de las funciones mencionadas, lo que mejor ilustra su uso es su multifuncionalidad. Ello significa, por ejemplo, que en un bosque destinado a la protección del suelo que, al mismo tiempo, tiene su importancia para la biodiversidad y la recreación, puede llevarse a cabo una corta selectiva de madera sin que se pierda ninguna de las funciones del bosque». Alguna doctrina ha mantenido que las externalidades son utilizadas más como justificación de una cierta política forestal que como elementos clave a la hora de tomar decisiones sobre la gestión de nuestros bosques, así M. RUIZ PÉREZ y A. LLORCA CASANUEVA, 1989: p. 299. Y de aquí, a la propia LM, en su art. 4 califica la fijación de carbono atmosférico tanto de servicio ambiental como de función social relevante, o el art. 3.b) (LM) que fija, como principio inspirador de la misma, el cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes.

- La Elaboración de estándar metodológico para aplicar en los documentos de planificación y proyectos de ejecución de silvicultura del carbono; y
- La Propuesta de normas básicas para la transferencia y contabilidad de créditos de carbono forestal.

Y esto posibilita, cada vez más, que tome relevancia lo dispuesto en el art. 6.i) (LM) cuando incluye entre los aprovechamientos forestales «los servicios con valor de mercado característicos de los montes». Se trata de una conceptualización insólita y muy criticada por la doctrina (17), pero que puede dar cabida a las externalidades ambientales cuantificadas a las que se les asigne un valor de mercado. A tal efecto, se puede recordar que durante la tramitación de la actual LM el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) presentó una Enmienda (18) al art. 6, instando la inclusión de un nuevo apartado que contenía la definición de las «externalidades positivas de los montes», consistente en «bienes y servicios que los montes prestan a la sociedad que no se incluyen en la Contabilidad Nacional». Esta propuesta, pretendía incluir las externalidades como otro aprovechamiento forestal, algo que fue rechazado. No obstante, en el apartado i) del art. 6 (LM) se incluyó la expresión «y servicios con valor de mercado característicos de los montes» que parece querer englobar las externalidades, aunque realmente se trate de servicios y no de auténticos aprovechamientos forestales (19). Parece que el legislador se quería adelantar al momento actual.

(17) Así *vid.* J. BARCELONA LLOP, 2005: 930, que argumenta que «(...) una idea jurídicamente operativa de aprovechamiento forestal debe girar en torno a los productos ordinarios del monte. En otro caso, el concepto se ensancha y pierde seguridad; no se ve bien qué servicios con valor de mercado característicos de los montes pueden equipararse con los productos forestales a los efectos de componer el concepto legal de aprovechamiento forestal, cuya estrecha vinculación a dichos productos no tiene porqué parecer sepultada bajo la idea de la multifuncionalidad del monte (...). No se trata con esto de propugnar la fidelidad inquebrantable a una caracterización tradicional de los aprovechamientos forestales (...), sino de postular un concepto jurídico de aquellos que tenga cierta consistencia y no se disperse en una pluralidad de objetos heterogéneos».

(18) Enmienda núm. 218 [*Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados) núm. 138-7, de 23 de mayo de 2003, pp. 114 y 115].

(19) Los aprovechamientos forestales se distinguen de las externalidades en que los primeros se refieren a productos, es decir, cosas u objetos concretos y determinados, mientras que las externalidades son intangibles o incorpóreas. Tradicionalmente en nuestro Derecho se ha venido entendiendo al aprovechamiento como la facultad de consumir un bien, generalmente natural, lo que implica la de obtener la utilidad económica derivada. Pero de este punto de partida, el término aprovechamiento se ha extendido a otros ámbitos sectoriales, como el Urbanismo, entendiéndose como aprovechamiento urbanístico la posibilidad de lucro privado que resulta de los usos e intensidades (edificabilidad) permitidos por el planeamiento para un terreno concreto. Es decir, el aprovechamiento es el equivalente a la capacidad o intensidad edificatoria susceptible de apropiación privada o su valor en metálico. De este modo, el aprovechamiento urbanístico se configura como un beneficio que le corresponde en origen al propietario del suelo, y que recae

Este expreso reconocimiento legal, que actúa a modo de medio de cosificación, los servicios ambientales podrían ser susceptibles de transmitirse, compensarse, etc., permitiendo una circulación en el tráfico jurídico como si de una cosa se tratara. Y para esa tangibilidad, esa cosificación, sería con la base de un cálculo fiable, una cuantificación fiable de ese aprovechamiento en dos sentidos: El primero, cuánto vale la tonelada de CO₂ y en el segundo sentido, cuanto CO₂ se almacena por las técnicas selvícolas que se están aplicando. Como se ha señalado, el proyecto LIFE FOREST CO₂ ha desarrollado tablas de contabilidad de secuestro de carbono, y con la puesta en marcha de la actual normativa europea (Reglamentos UTCUTS, 841/2018 y 842/2018), se ofrece un soporte de indudable valor para el establecimiento de un valor de mercado y un mercado de carbono en el marco de la silvicultura de carbono. A ello se ha de añadir que, tras 20 años de implantación de la certificación forestal, los montes españoles certificados PEFC (2,5 millones de ha.) constituyen una importante masa crítica como sumideros de carbono y propician una buena gobernanza en las zonas rurales donde se encuentran. Los proyectos de compensación desarrollados en el marco de la certificación PEFC proporcionan la planificación y el cumplimiento auditado de los criterios ambientales en la gestión de los montes (además de sociales y laborales).

Algo hay evidente: la función mitigadora del monte supone una utilidad social e, incluso, particular para los emisores de carbono a la atmósfera, y el propietario, a diferencia de los aprovechamientos forestales no percibe una contraprestación a cambio de su servicio e inversiones, no aplicándose a sensu contrario, en una operación de equidad, el principio de que «quien contamina paga», es decir, «quien descontamina cobra».

Y, en este sentido, no puede decirse que la Ley de Montes vigente no hace referencia, aunque sea vaga, a este pago, el art. 65 (LM) configura unos incentivos por las externalidades ambientales que sólo tendrán lugar en montes ordenados, y que, entre otros supuestos, cubre «La fijación de dióxido de carbono en los montes como medida de contribución a la mitigación del

directamente sobre un bien, aunque inmaterial pero consumible que se extingue o transforma en otro diferente. Por lo tanto, podríamos decir que en el Derecho español existen dos clases de aprovechamientos: los corpóreos y los incorpóreos, es decir, los que se corresponden con objetos, como el forestal, y los que realmente son meros derechos, carentes en consecuencia de una tangibilidad física y que sólo existen en tanto en cuanto una normativa les reconoce como tal, como es el aprovechamiento urbanístico o el eólico. Gracias al expreso reconocimiento legal, que actúa a modo de medio de cosificación, los segundos pueden también transmitirse, compensarse, etc..., permitiendo una circulación en el tráfico jurídico como si de una cosa se tratara. Y para esa tangibilidad, esa cosificación, lo primero que se necesita es un cálculo fiable, una cuantificación fiable de ese aprovechamiento en dos sentidos: El primero, cuánto vale la tonelada de CO₂ que eso ya está contabilizado en el mercado de carbono y en el segundo sentido, cuanto CO₂ se almacena por las técnicas selvícolas que se están aplicando.

cambio climático, en función de la cantidad de carbono fijada en la biomasa forestal del monte, así como de la valorización energética de los residuos forestales» (20). Como bien señala la doctrina (21), esta figura responde a la voluntad del legislador de recompensar de algún modo los beneficios ambientales que producen los montes. Pero volvemos a la misma pregunta ¿mediante qué figura jurídica?

5. Identificación de figuras jurídicas que puedan articular la compensación o pago por los servicios ambientales o externalidades de los montes. Con especial consideración a la función de sumidero de carbono

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, dispone en su Disposición final séptima que el «Gobierno aprobará, en el plazo máximo de un año, las normas necesarias para el desarrollo de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, entre ellas, el mandato de su artículo 65 “Incentivos por las externalidades ambientales” de regular los mecanismos y las condiciones para incentivar las externalidades positivas de los montes ordenados». Sobradamente se ha cumplido este plazo de un año.

Ahora bien, lo primero que se podría decir es que no debería de hablarse de «incentivo» sino de «pago» por ese servicio ambiental. Por ello, una de las figuras a través de las cuales se podría instrumentar este «pago» sería a través de un sistema de Pago por Servicio Ambiental (PSA).

Sistema de Pago por Servicio Ambiental (PSA).

El Pago por Servicios Ambientales son soluciones de mercado que han sido propuestas en un principio desde el ámbito de la economía ambiental (22).

El PSA tiene su raíz en el principio de Derecho ambiental «quien contamina paga» (23) y parte del concepto teórico de que los bienes pueden ser explo-

(20) Apartado b) del art. 65.2 (LM), introducido por la Ley 21/2015, por la que se modifica la Ley Básica de Montes. A estos efectos, téngase en cuenta que en un estudio publicado a finales de 2015 en *Nature Geoscience*, se afirma por la Unidad de Ecología Global del CREAM que los ecosistemas gestionados transforman en biomasa un 60% del carbono que asimilan durante la fotosíntesis, mientras que los naturales lo hacen sólo un 45%. (Consúltese http://ddd.uab.cat/pub/bolcre/bolcre_a2015m10n25iSPA/index.html.6). Por lo tanto, la gestión forestal aumenta de forma considerable la capacidad del monte como sumidero de carbono.

(21) Vid. CIERCO SEIRA, C., 2005: pp. 371 y 373.

(22) Esta rama de la economía se ha preocupado por la explotación de los recursos naturales, pues sin ellos, los procesos de producción de riqueza y el consumo de las sociedades actuales no serían posibles, vid. CATRO VALLE, C.M., 2010.

(23) Principio nacido en la OCDE en 1972. Establece este principio que los costos provenientes de la prevención y lucha contra la contaminación deben ser asumidos y solventados

tados directamente en actividades económicas, pero además pueden proveer servicios ambientales a los esquemas productivos. En las zonas prósperas del planeta la ecología se ha convertido en un instrumento para regular la producción, mientras en las zonas deprimidas, la actividad del medio ambiente ha sido vista como una salida para el déficit económico.

Los PSA se alejan de los esquemas de subsidio, de carácter unilateral de los costos ambientales (24) , teniendo, por el contrario, un carácter negociado o bilateral, propio del contrato.

La idea central del PSA es que los beneficiarios externos de los Servicios Ambientales paguen, de manera directa, contractual y condicionada, a los propietarios y trabajadores locales por adoptar prácticas que aseguren la conservación y restauración de ecosistemas) (25).

La definición más extendida de un esquema de Pagos por Servicios Ambientales (PSA) es la de un contrato voluntario (26) entre un proveedor de uno o varios servicios ambientales explícitamente definidos (o un uso de la tierra que asegure dicho servicio) y un beneficiario que retribuye por ellos (un comprador), y se retribuye sólo si estos servicios ambientales son efectivamente provistos —principio de condicionalidad— (27) y si son adicionales a los ya existentes antes de implantar el PSA (adicionalidad) (28).

Ha de señalarse que el elemento más importante de los PSA es su condicionalidad. La condicionalidad implica recibir los pagos (incentivos económicos) en la medida que los participantes alcancen los objetivos determinados por el programa de PSA en cuestión.

por quien produce la contaminación y no por la colectividad social en su conjunto. En lo referente a la regulación de este principio ha de tenerse en cuenta la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incorporada al Derecho interno español por la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental, y desarrollada parcialmente por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre.

(24) El otorgamiento de subsidios es una práctica que se ha demostrado nefasta en relación al uso sostenible de los recursos naturales, porque provoca un uso indiscriminado de los recursos naturales como el agua.

(25) Sobre PSA *vid.* RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., 2013b: pp.82-127.

(26) Para que los PSA existan deben existir productores y consumidores de servicios ambientales, con disposición para negociar tales servicios, frecuentemente mediante agentes intermediarios, tales como agencias gubernamentales u ONGs.

(27) Esta definición es la que se recoge en el monográfico sobre PSA de la Revista Ecological Economics (2008), y es la definición que se repite en la gran mayoría de trabajos teóricos sobre los PSA.

(28) Para que un esquema de PSA sea eficaz debe ser constatable la mejora de los servicios ambientales. Entendiendo que ésta implica incremento de cantidad y calidad, continuidad y adicionalidad respecto a la alternativa cero, es decir, la no existencia del esquema de PSA.

La condicionalidad representa pues, un contrato entre el proveedor de servicios ambientales y el que paga por éstos, recayendo el riesgo en los proveedores u oferentes del servicio (29).

Durante la última década se ha producido un progresivo interés respecto de los PSA, no sólo en el ámbito teórico sino también en la práctica. Hoy en día existen valiosos ejemplos de PSA en todos los ámbitos: local, regional, nacional e internacional.

Los sistemas PSA se han aplicado, sobre todo, como medio para lograr una mejor gestión del recurso hídrico (30) y de los recursos forestales (31).

En Costa Rica —primera nación en aplicar un sistema de PSA (32), México, Ecuador, El Salvador, Guatemala, y Colombia, se ha producido un rápido surgimiento de programas privados, públicos y mixtos —tanto de ámbito nacional como subnacional— donde, entre otros servicios, principalmente los

(29) Es importante que el riesgo recaiga en los oferentes en cualquier relación contractual donde hay uno de estos tres elementos: acciones complementarias no observables por parte de ellos; dificultad para asignar responsabilidades en caso de fallas del acuerdo; o baja probabilidad de llevar a cabo realmente las consecuencias establecidas para los casos de no cumplimiento.

(30) Es bien conocido el grave problema que existe en muchos países de la Latinoamérica de calidad y también escasez de agua y de deforestación. Los esquemas de PSA hidrológicos están recibiendo una gran atención a nivel nacional como es el caso de los programas nacionales de México, Costa Rica y Ecuador. En el ámbito local, uno de los esquemas PSA que más se repiten es el establecido entre usuarios situados a diferentes alturas de las cuencas hidrográficas. Los usuarios aguas abajo (generalmente poblaciones urbanas) realizan un pago a los usuarios aguas arriba (generalmente agricultores) para que éstos vean compensados costes de oportunidad en los que incurren por no roturar sus tierras con fines agrícolas, favoreciendo así, el mantenimiento de funciones de regulación ecológica que mejoran la calidad hídrica aguas abajo.

(31) Existen ejemplos de PSA para la protección de la biodiversidad a cualquier escala (local, nacional e internacional), enfocados generalmente a proteger especies carismáticas en riesgo de extinción o hábitats ecológicamente valiosos. En estos casos, normalmente se trata de grandes ONGs conservacionistas (o sus contrapartes locales) que ofrecen compensaciones a aquellos actores que o bien puedan ser causantes de impactos negativos (por lo tanto, pagándoles por dejar de generar dichos impactos) o bien a aquéllos que puedan reforzar acciones o esquemas de conservación que ya estén llevando a cabo. Es importante resaltar en el caso de la biodiversidad que, como tal, ésta no se considera un servicio ambiental en el marco conceptual de la *Evaluación del Milenio*. Sin embargo, como sí se considera el soporte fundamental de cualquiera de las cuatro categorías de servicios ambientales, los proyectos que vinculan unos pagos directos al mantenimiento de la diversidad biológica en cualquiera de sus formas (a nivel de especie o de ecosistema) se les considera genéricamente un PSA. *Vid. D. EZZINE DE BLAS; L. RICO; M. RUIZ PÉREZ y V. MARIS, 2011: pp. 139-163. Sobre la aplicación de esquemas PSA para evitar la deforestación, vid. C. MUÑOZ-PIÑA; M. RIVERA y A. CISNEROS, 2010.*

(32) En el ámbito latinoamericano, se reconoce el liderazgo de Costa Rica en el tema de servicios ambientales a través del FONAFIFO). Sobre este modelo *vid. J. M. RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, J. M., 2003: pp. 31-33.*

beneficiarios de los servicios hidrológicos de los bosques hacen transferencias económicas directas o indirectas a los propietarios de las zonas forestales que los proveen.

Lo cierto es que nuestro Derecho positivo articula dos instrumentos que constituyen sistemas PSA: Los Contratos Territoriales (33) y la Custodia del Territorio. En España se han promovido la aplicación de sistemas PSA, sobre todo en Cataluña, aunque no existe ningún caso de PSA a pesar que algunos ejemplos de iniciativas territoriales y de conservación tienen algún elemento de los sistemas de PSA. Este es el caso de los acuerdos de custodia del territorio para la conservación de hábitats y especies y el programa para la creación de las reservas forestales de bosques maduros que ha impulsado la Diputación de Girona (34). Así como en lo concerniente al monte como regulador del recurso hídrico, en Cataluña, se está estudiando su implementación, a partir de las previsiones recogidas en la Orden AAM/246/2013, de 14 de octubre, por la que se regulan los instrumentos de ordenación forestal (35).

La Ley 21/2050, por la que se modifica la Ley Básica de Montes, como se ha señalado, introdujo cambios significativos, pues además de incluir como criterio para el otorgamiento de incentivos las externalidades ambientales de los montes (Modificación del art.65.2), estableciendo que dichos incentivos se podrán canalizar, entre otras vías, a través del «Establecimiento de una relación contractual con el propietario o titular de la gestión del monte, o de cualquier aprovechamiento, siempre que esté planificado» (Modificación del art. 65.3), parece que el legislador está pensando en los «contratos territoriales». Pero la principal aportación de la Ley 21/2050, por la que se modifica la Ley Básica de Montes es el mandato dirigido a las Administraciones Públicas para que faciliten el desarrollo de instrumentos basados en el mercado para abordar eficazmente la conservación y mejora de los activos naturales o de los servicios que estos

(33) Vid. B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, 2012a: pp. 153-192.

(34) En la línea de un PSA están algunas iniciativas públicas implementadas en Cataluña como la del convenio de 2007 entre la Federació d'Entitats Catalanes de Ramaders d'Ovi i Cabrum y el Departament d'Agricultura, Ramaderia, Pesca, Alimentació i Medi Ambient que remunera a cinco ganaderos por el mantenimiento de zonas forestales mediante pasturas como medida de cortafuego o de franjas de protección. Las zonas son: el macizo de Motgrí (Baix Ter, Girona), la sierra del Montmell (Baix Penedès, Barcelona), el bosque de Poblet i de Rojal (Conca de Barberà, Tarragona), y la sierra de Ancosa-Miralles-Queralt (Alt Camp, Tarragona). Existen otros ejemplos como el de la gestión del bosque de Sant Daniel financiado por el ayuntamiento de Girona. Desde el gran incendio de la Jonquera en 2012, son muchos los ayuntamientos que están fomentando actividades de restauración del bosque y también preventivas de control del riesgo de incendio como puede ser el caso del ayuntamiento de Palamós.

(35) Vid. N. PALERO MORENO y T. BAIGES ZAPATER, 2013. Sobre esta materia Vid. también M. SARASÍBAR IRIARTE, 2007a, así como P. MARTÍNEZ DE ANGUIA, M. MOLINERO, M. FERNÁNDEZ BARRENA, V. MORENO y M. PANIAGUA, 2010. Por último, téngase en cuenta, B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, 2013b: pp. 82-127.

prestan (Modificación del art.63.2). En el mismo sentido la Ley 42/2007, de 13 de diciembre de 2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (en la redacción dada por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre) incluye explícitamente el concepto de «servicio ambiental» en su artículo 77 sobre Incentivos a las externalidades positivas en el ámbito de los espacios protegidos y de los acuerdos de custodia del territorio, y en relación con ello en su art 2 incluye como primer principio que inspiran la ley: «El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos, respaldando los servicios de los ecosistemas para el bienestar humano».

Esta regulación sólo supone un pequeño paso consistente únicamente en el reconocimiento de la utilidad de la existencia de mecanismos de mercado, como instrumento para compensar, o mejor dicho, pagar a los selvicultores por los servicios ambientales o externalidades que generan sus montes, pero, nada más.

Desde hace unos años se viene demandando por los técnicos expertos en el sector forestal que el legislador regule instrumentos de mercado (mecanismos de compensación, subvenciones e incentivos verdes) que hagan posible el pago a agricultores, selvicultores y ganaderos por la provisión de bienes públicos y beneficios ambientales. Hoy por hoy ha de decirse que esta acción pública estatal para compensar los actuales fallos de mercado y contribuir a la mitigación del cambio climático y al desarrollo territorial equilibrado de nuestro país aún no se ha producido, simplemente se insta a las Administraciones Públicas a que facilite el desarrollo de dichos instrumentos, sin más, lo que puede quedar en un simple «canto al sol».

En la PAC 2015-2020 se contenía una base sólida que podría haber propiciado la implantación de sistemas PSA. La Unión Europea hace una distinción entre bienes públicos básicos que deben ser apoyados a través de pagos directos a agricultores y selvicultores, es decir, Pilar I, y bienes públicos más específicos, que deben ser apoyados a través del Pilar II, medidas de desarrollo rural (36). De tal forma alinea las medidas del Pilar I (FEAGA) y el Pilar II de la PAC (FEADER), complementándose mutuamente, con el fin de multiplicar la creación de infraestructura verde en el impulso de los mercados de los ecosistemas y la Estrategia Europa 2020.

El sistema ideal en los PSA es que estos «compradores» sean privados. Pero como primer impulso para la implementación de PSA la PAC 2015-2020 introdujo como novedad que en los dos Pilares de la PAC se prevean medidas

(36) Vid. Comisión Europea. Documento COM (2011) 625 final/2. *Proposal for a regulation of the European parliament and of the council establishing rules for direct payments to farmers under support schemes within the framework of the common agricultural policy* [sec (2011) 1154 y 1154 final].

financieras públicas (con caja pública únicamente europea en el Pilar I, y con caja pública compartida UE y estados miembros, en el Pilar II) para compensar los servicios ambientales que proporcionan los montes a la comunidad en general en aplicación del principio «quien se beneficia paga», y medidas que sin reparos, se pueden conceptualizar como PSA. Pero esta medida no se ha concretado en España.

Como se ha señalado, en la Ley de Cambio Climático de 2021 establece (art. 25) que «El Gobierno incorporará en la aplicación de la Política Agraria Común, así como en otras estrategias, planes y programas en materia de política agraria y de desarrollo rural, y en el Plan Forestal Español, medidas encaminadas a reducir la vulnerabilidad al cambio climático de los suelos agrícolas, de los montes y de los suelos forestales y para facilitar la preservación de los mismos, entre ellas, la elaboración de un mapa de vulnerabilidad, así como la evaluación y promoción de sistemas agrícolas y prácticas de gestión forestal sostenibles para aumentar su resiliencia frente al cambio climático, que fomentarán en todo caso las sinergias con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en estos ecosistemas». Para ello, junto con su identificación, evaluación y seguimiento se fomentarán sus cobeneficios como motor de desarrollo de las zonas rurales. Pero, ¿estas expectativas recogidas en la Ley 7/2021 podrían concretizarse con la nueva PAC 2023-2027, que entrará en vigor en enero 2023, y que constituye, hoy por hoy, la principal fuente de financiación de nuestros montes?

Para responder a esta pregunta, antes de adentrarnos en la Nueva PAC 2023-2027 hay que tratar la Nueva Estrategia Forestal Europea para 2030 (16 de julio 2021) dado que dicha Estrategia marcará la política y acciones forestales que serán recogidas en la Nueva PAC para su financiación. De hecho, la Nueva Estrategia Forestal Europea es fruto de un planteamiento común entre las políticas de Agricultura y Medio Ambiente.

III. LA NUEVA ESTRATEGIA DE LA UE EN FAVOR DE LOS BOSQUES PARA 2030

1. Posición del Parlamento Europeo: «Estrategia Forestal Europea: el camino a seguir». Los bosques desempeñan un papel fundamental en la consecución de los objetivos del Pacto Verde Europeo

El 7 de septiembre de 2020, la Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural del Parlamento Europeo aprobó un informe de propia iniciativa, ya mencionado en este trabajo, «Sobre la Estrategia Forestal Europea: El camino a seguir» [2019/2157(INI)], con el fin de promover bosques multifuncionales. Podría decirse que la resolución del Parlamento Europeo es todo un reconocimiento

del valor de los bosques europeos, un compromiso con la gestión forestal sostenible y una apuesta por un sector forestal que garantice simultáneamente bioeconomía y el cumplimiento de los objetivos europeos de conservación de biodiversidad y lucha contra el cambio climático. Y por ello, era muy esperanzador.

El informe del Parlamento Europeo establece de manera más categórica que nunca que los bosques son fundamentales para el desarrollo de la nueva economía verde, ya que considera que los bosques y el sector forestal contribuyen de manera significativa al desarrollo de «bioeconomías circulares locales» en la Unión y tienen, junto con el sector forestal, «un papel fundamental en la consecución de los objetivos del Pacto Verde Europeo y la neutralidad climática para 2050». Para el Parlamento Europeo la UE nunca logrará sus objetivos en materia de medio ambiente, clima y biodiversidad «sin bosques multifuncionales, sanos y gestionados de manera sostenible en los que se aplique una perspectiva a largo plazo, junto con industrias forestales viables».

Reconoce a la silvicultura «un papel fundamental en la transición hacia una economía climáticamente neutra» y señala la necesidad de «desarrollar un enfoque coherente para combinar la protección de la biodiversidad y la protección del clima en un sector forestal y una bioeconomía prósperos». Considera que la Unión debe fomentar el uso de madera, de productos de madera o de biomasa forestal «para estimular la producción local sostenible y el empleo».

Es más, el Parlamento afirma que los servicios ecosistémicos, como la captura de CO₂, la protección de la biodiversidad o la mejora del suelo, «no están remunerados adecuadamente». Por ello, «los silvicultores que se centran en transformar sus bosques en este sentido podrían estar gestionando en la actualidad sus bosques con pérdidas, a pesar de que prestan servicios ecosistémicos esenciales». Por ello, solicitan a la Comisión y a los Estados miembros que «estudien opciones para incentivar y remunerar adecuadamente los servicios ecosistémicos relacionados con el clima, la biodiversidad y otros, al objeto de lograr una reconversión forestal económicamente viable».

En este sentido, considera la resolución que «la Unión debe destinar fondos suficientes a medidas para el sector forestal», como la inversión en el desarrollo de las zonas forestales y la mejora de la viabilidad de los bosques, el mantenimiento de las redes de carreteras forestales, la tecnología forestal, la innovación y la transformación y la utilización de los productos forestales.

Del mismo modo, la resolución del Parlamento Europeo subraya la importancia crucial de las medidas forestales y agroforestales en el marco de la Política Agrícola Comunitaria PAC para el éxito del desarrollo de una bioeconomía circular sostenible. En este sentido, considera necesario que continúen «unas medidas forestales y agroforestales explícitas y mejoradas en la PAC 2021-2027». Expresamente afirma el Parlamento que «nuevos recortes en el

presupuesto de la PAC tendrían un efecto negativo en la inversión en gestión forestal sostenible y en la consecución de los objetivos del sector forestal de la Unión», por lo que considera que «la gestión forestal debe ocupar un lugar visible en los nuevos planes estratégicos de la PAC».

2. Comunicación de la Comisión, de 16 de julio de 2021, «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030»

El 16 de julio de 2021 se aprobó la Comunicación de la Comisión titulada «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030» (37). Dicha Estrategia constituye uno de los pilares del Pacto Verde Europeo y se basa en la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030. Esta Estrategia se incluye en el paquete de medidas propuesto para lograr una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de al menos un 55 % de aquí a 2030 y la neutralidad climática en 2050 en la UE. También ayuda a la UE a cumplir su compromiso de aumentar las absorciones de carbono a través de los sumideros naturales de conformidad con la Ley del Clima y que se llevará a la práctica mediante las medidas establecidas en el paquete «Objetivo 55». La Estrategia aborda conjuntamente los aspectos sociales, económicos y medioambientales, y pretende garantizar la multifuncionalidad de los bosques de la Unión Europea. No obstante, ha de señalarse que se separa de la posición del Parlamento que antes se ha expuesto de septiembre de 2020, además de las sugerencias formuladas por los estados miembros.

La pausa obligada por la pandemia de la COVID-19 ha supuesto un cambio relevante en el enfoque, hacia un concepto de gestión forestal estática, dando un peso crucial al que se considera el proyecto estrella del Nuevo Pacto Verde: la Estrategia de Biodiversidad de aquí a 2030, en la que se establece la protección de al menos el 30% de los ecosistemas terrestres y marinos en la UE, someter al 10% de los bosques europeos a una estricta protección o repoblar 3.000 millones de árboles durante el presente decenio. La consecuencia es que nueva Estrategia forestal de la UE para 2030, podría decirse que tiene dos almas, que lleva contradicciones internas. Por un lado, asume una perspectiva ambiental, asumiendo acríticamente el grueso de lo previsto en la Estrategia de Biodiversidad (que sigue la perspectiva de la acción climática sobre los bosques enfocada principalmente desde la conservación, sobre la base de modelos inertes que separan los bosques y su gestión, de las cadenas de valor de los productos forestales, debido principalmente a que el relato forestal internacional se centra en la deforestación y pérdida de biodiversi-

(37) Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones EMPT, Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030, de 16 de julio de 2021 (COM (2021) 572 final).

dad) y, al mismo tiempo, asume la importancia de la gestión forestal y de los recursos forestales para la bioeconomía y su rol clave para las zonas rurales y el empleo. No se parte de un concepto «sano» y real de la gestión forestal. La gestión forestal sostenible activa incluye el cuidado del recurso natural, contamos con legislación vigente en Europa y España que minimiza los riesgos de malas prácticas forestales (38).

La Estrategia apuesta, por primera vez, por el uso en cascada y la preferencia de usos de largo plazo, como la madera en la construcción, en detrimento de la biomasa y de los productos de las biorrefinerías (textiles, bioplásticos, bioquímicos) que pueden alcanzar incluso una mayor aportación de sustitución que la madera en la construcción. Los materiales y productos sostenibles de madera almacenan carbono durante todo su ciclo de vida útil lo que les convierte en el material ideal para la construcción sostenible y «climáticamente neutra», en sustitución de materiales más contaminantes como el acero o el hormigón. De tal forma, la Estrategia propone «promocionar la bioeconomía forestal para productos de madera de larga duración». Al mismo tiempo que propone el aprovechamiento de biomasa como prevención de incendios, fines energéticos y gestión sostenible de los montes y «garantizar el uso sostenible de los recursos derivados de la madera para la bioenergía». La bioenergía producida con biomasa forestal es actualmente la principal fuente de energía renovable en la UE (téngase en cuenta que la biomasa se regula en el Regla-

(38) A estos efectos, juega un papel muy importante la Certificación Forestal, *vid.* F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, 2021. El razonamiento que se defiende en este trabajo es el siguiente. Por ejemplo, en lo que se refiere a la bioeconomía forestal circular. La bioeconomía forestal circular supone que los procesos se producen en cascada, pero que sea circular no significa necesariamente que sea sostenible, hay que hacerla sostenible. Que será cuando la bioeconomía sea compatible con los Servicios ambientales. Por ello, es muy importante a la hora de gestionar una explotación forestal establecer los umbrales de los servicios ambientales de esa explotación que no pueden sobrepasarse o menoscabarse. Imponer a las empresas productoras la obligación de mantener umbrales de aprovechamiento para no comprometer los servicios ambientales. Estos umbrales hay que elaborarlos, en algunos países se están ya elaborando como en Noruega. El sector debe fortalecer los servicios de los ecosistemas como base de la bioeconomía en una situación de cambio ambiental y social que genera incertidumbre en la toma de decisiones. Para ello, los servicios ecosistémicos de los sistemas forestales deben integrarse en los modelos selvícolas y en las decisiones técnicas de gestión. Para ello es necesario seguir avanzando en el estudio y cuantificación de la influencia de la gestión en cada uno de estos servicios. Desde un punto de vista general, dado que los servicios ambientales suponen en sí mismos la protección de los ecosistemas, de cuya salud depende la del planeta, podría afirmarse que representan el mayor valor de los bosques. No obstante, se puede afirmar que asegurar la rentabilidad económica de los bosques a través del aprovechamiento sostenible de sus bienes directos es una forma de asegurar los servicios ambientales que proporcionan, pero siempre teniendo en cuenta la determinación de umbrales de aprovechamiento que no comprometan los servicios ambientales de los montes. Sobre este extremo *vid.* S. BORRAS PENTINAT, 2015.

mento UTCUTS como neutral en emisiones de carbono, en coherencia con las directrices del IPCC acordadas a nivel internacional que establecen que las emisiones de la combustión de biomasa pueden contabilizarse como cero en el sector de la energía, a condición de que se contabilicen en el sector UTCUTS). Sin embargo, la Estrategia se manifiesta en contra de que se utilicen «árboles enteros» para producción de energía y establece un uso en cascada: primero para productos madereros de larga duración y después, en quinto lugar, el uso para bioenergía. Ello supone el establecimiento de unas medidas restrictivas en lo referido a la gestión forestal (que pueden suponer en última instancia, cercenar la cadena forestal) para amplios territorios poco poblados —justo los más forestales— sin abordar el efecto territorial regresivo que pueden provocar para el ámbito rural forestal frente a las ciudades.

En la misma línea, la nueva Estrategia forestal de la UE prevé el desarrollo de sistemas de pago a los propietarios y gestores forestales a cambio de la prestación de servicios ecosistémicos, como la función de sumidero de carbono, para supuestos como el mantenimiento de algunas partes de sus bosques intactas, ¿referido solo a bosques primarios? Por su excepcionalidad, parece que subyace la idea de ampliar la medida a masas forestales antropizadas, donde se pretende que no se pueda realizar ningún aprovechamiento (¿volvemos al concepto de monte como florero?) ¿Y con esta visión estática del monte se garantizaría la conservación del sumidero de carbono? ¿Es que, acaso está garantizado que ese bosque no resulte dañado por fenómenos naturales (viento, fuego, nieve) que lo dañe y libere el carbono? De tal forma, se prevén pagos por «no tocar» pero no por gestionar, la selvicultura de carbono queda en segundo plano. Parece que se ha optado más por un concepto estático que dinámico de los bosques, no apostando por una gestión forestal sostenible y activa, como si en el fondo se desconfiara de la gestión forestal, cuando se ha demostrado que la gestión forestal optimiza la plurifuncionalidad del monte y su capacidad como sumidero de carbono (39). Este planteamiento, desde luego, lastra la multifuncionalidad del monte. En esta línea, la medida de repoblar 3.000 millones de árboles durante el presente decenio ¿es para que luego su gestión forestal se mantengan en perfecto estado?

Bajo estas medidas subyace ese concepto de «adicionalidad» que sólo considera que una medida es una acción climática cuando «solo se destina a la mitigación», esto claramente no encaja con una gestión forestal multifuncional. Este planteamiento, además, claramente dificulta la conceptualización de «cobeneficios» las externalidades ambientales que genera un selvicultor

(39) Vid. S. DE LA CRUZ, R. CALAMA, G. MONTERO, A. RUBIO, 2016; pp. 4 y ss.; C. HERRERO y D. RODRÍGUEZ-DE-PRADO, 2017; J.F. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2016 y R. MARTÍNEZ, E. JORDÁN, M. VELAMAZÁN y F. MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ, 2017.

con la gestión forestal multifuncional que realiza (40). Lo que es claramente disfuncional, pues la consecuencia es que estas externalidades son «gratis» y desincentivan la gestión forestal. Lo efectivo es que el enfoque fuera justo al revés: que la sociedad pagara a los selvicultores los servicios ambientales (externalidades ambientales) que proporcionan los montes y que son mejorados con la gestión forestal mediante estructuras de Pago por Servicio Ambiental (PSA), como se señalaba en la Posición del Parlamento antes expuesta.

En definitiva, la Estrategia Forestal de la UE para 2030 debería de partir de la gestión forestal activa sostenible como componente clave para dirigir las diversas y multifuncionales tareas de los bosques en el presente y en el futuro, tal y como se define en el proceso FOREST EUROPE (41). Pero, lejos de ello, la Estrategia altera significativamente el equilibrio actual entre las funciones socioeconómicas y ecológicas de la selvicultura multifuncional y avanza hacia un exclusivo enfoque ambiental, lo que conlleva dejar en segundo plano los aspectos económicos, siendo los montes cada vez menos rentables para sus propietarios. Y hay una máxima que siempre se cumple: un monte no rentable, tarde o temprano arde. Este enfoque puede llegar a poner en peligro la viabilidad a largo plazo los montes y la selvicultura (42).

Para cambiar de discurso, ha de resaltarse un aspecto más favorable de la Estrategia, que se cifra en potenciar la bioeconomía en los bosques a través de aquellos productos no madereros, «especialmente el ocio y el ecoturismo», aunque también incluye al corcho, resina, taninos, forrajes, plantas

(40) Reconocido en los arts. 4 y 65 de la Ley Básica 43/2003, y sobre concepto de externalidad ambiental o servicio ambiental, art. 3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En la planificación y ordenación de los terrenos forestales, se instituye la multifuncionalidad como garantía de plasmación de ordenación sostenible. Dicho de otra forma, la planificación y gestión será sostenible si el monte se ordena y explota, teniendo en cuenta todo su potencial multifuncional. Vid. M.M. KARRERA EGIALDE, M. M., 2014: pp. 1795-1803; R. MARTÍN MATEO, 2002: pp. 57-78 y F.J. PLAZA MARTÍN, 2001: pp. 350-362.

(41) En la Cumbre de Glasgow (COP26), que se celebró en Glasgow, Reino Unido del 31 de octubre al 12 de noviembre 2021, el 2 noviembre 2021 se realizó la «Declaración de los líderes de Glasgow sobre bosques y uso del suelo» por 130 países, que acumulan el 90 % de la superficie forestal mundial. Estos países se han reafirmado en su compromiso para conservarlos y acelerar su restauración, promover modelos de consumo que no impulsen la deforestación y la degradación de la tierra, reducir su vulnerabilidad y mejorar los medios de vida rural. Y, para todos estos compromisos, la investigación ha dejado patente que la gestión de los bosques resulta ser la mejor opción. No nos podemos permitir el lujo de que nuestros montes languidezcan en el abandono en aras a un supuesto «ecosistema de referencia» que ni se conoce ni, por ello, se ha demostrado que sea el que más nos asegure, ni ahora ni en el futuro, los servicios ambientales.

(42) Y decimos a largo plazo porque el acierto o error de las decisiones en materia forestal se ven a largo plazo.

medicinales y aromáticas, frutas, bayas, nueces, raíces, setas, semillas, miel, ornamentales y silvestres.

Pero quizás, el mayor reproche que se le puede hacer a la Estrategia es que no aborda el sector forestal de forma conjunta, y lo que es peor, no se abordan de forma conjunta todos los servicios ecosistémicos asociados a los bosques. No existe un enfoque integral de los bosques como «algo valioso en sí mismo». Quizás ello se debe a la ausencia de política forestal Europea pero, por otro lado, la Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030 es más expansiva que las anteriores Estrategias Forestales Europeas y en algunos aspectos plantea una política de restricciones. Todo ello nos puede llevar a una cuestión clave, que es la base competencial de la Comisión Europea para establecer esta política de restricciones. No existe una política común de la Unión para los bosques y el sector forestal, que son competencia de los estados miembros. No obstante, la UE y los estados miembros en lo que respecta a los bosques, cuenta con una serie de competencias compartidas con los estados miembros en materia de bosques, en particular en los ámbitos del clima, el medio ambiente y la agricultura, que la Unión ejerce respetando el principio de subsidiariedad. Los bosques son responsabilidad de los estados miembros, no obstante, los artículos 191 y 192 del Tratado de la UE permiten proponer acciones a la Unión Europea respetando sus competencias. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la UE confirmó en 1999 que la protección de los bosques entra dentro del ámbito de aplicación de la base jurídica de la UE en materia medioambiental. La Comisión ha ejercido esta competencia medioambiental en relación con los bosques y la silvicultura aprobando normas como la Directiva sobre hábitats, el Reglamento sobre la madera, el Reglamento sobre el uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en la política climática y la Directiva sobre energías renovables. Pero lo cierto es que cada vez se hace más evidente la necesidad de que la UE asumiera estas competencias en materia forestal.

IV. LA NUEVA PAC (2023-2027). LA ARQUITECTURA AMBIENTAL

La nueva PAC (2023-2027) constituye la fuente de apoyo financiero más importante para la gestión forestal (otros fondos de financiación son la política de cohesión, los proyectos LIFE y Horizonte Europa o los programas de cooperación transfronteriza de la UE (Interreg)). La nueva PAC ha introducido un cambio profundo en el diseño de sus instrumentos, ha pasado de ser una política basada en la descripción de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios finales de las ayudas a ser una política orientada a la consecución de resultados concretos, vinculados a la consecución de unos objetivos generales. Para abordar los nuevos objetivos de la PAC, cada Estado miembro elaborará

un «Plan Estratégico de la PAC». Este nuevo planteamiento ha ofrecido a los estados miembros, en especial a España, como potencia forestal, una mayor flexibilidad para diseñar intervenciones relacionadas con los bosques en función de las necesidades y especificidades nacionales y para reducir los trámites administrativos, al tiempo que vincula el Pacto Verde Europeo, las políticas forestales nacionales y la legislación medioambiental y climática de la UE y garantiza un enfoque sinérgico entre ellos. Además, las recomendaciones a los estados miembros sobre los planes estratégicos de la PAC para el período 2023-2027, así como la Nueva Estrategia Forestal, han contribuido a que los bosques estén presentes en el diseño de la nueva PAC. La Comisión Europea ha defendido constantemente el mensaje de que la agricultura y la silvicultura son sectores claves en la transición hacia una economía baja en carbono y respetuosa con el clima. Son los principales sectores que mantiene nuestras áreas rurales vibrantes y sostenibles. Este mensaje ha sido reforzado por los recientes acuerdos internacionales, en particular el acuerdo climático de París (COP 21) y en la Agenda 2030 (ODS). Y este enfoque es el que legitima el mantenimiento de una Política Agraria Común que concita la mayor parte del presupuesto de la Unión Europea. Pero, ¿en qué medida, se ha avanzado hacia la integración de los bosques en la PAC?

Se denomina «La Arquitectura Ambiental de la PAC» al conjunto de medidas relacionadas con el clima y el medio ambiente que se conforman a partir de los siguientes conceptos: condicionalidad, los ecoesquemas (Pilar I) o las intervenciones agroambientales y climáticas con elementos de condicionalidad reforzada del Pilar II.

El diseño de la Nueva PAC se concreta en el Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, por el que se establecen normas en relación con la ayuda a los planes estratégicos que deben elaborar los estados miembros en el marco de la política agrícola común (planes estratégicos de la PAC), financiada con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º. 1305/2013 y (UE) n.º. 1307/2013.

El art. 5 contiene los Objetivos Generales de la PAC, que son los objetivos clásicos; ambiental, económico y social (los tres pilares del desarrollo sostenible desde Río 1992):

- a) fomentar un sector agrícola inteligente, competitivo, resiliente y diversificado que garantice la seguridad alimentaria a largo plazo;
- b) apoyar y reforzar la protección del medio ambiente, incluida la biodiversidad, y la acción por el clima y contribuir a alcanzar los objetivos medioambientales y climáticos de la Unión, entre ellos los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo de París;

- c) fortalecer el tejido socioeconómico de las zonas rurales.

Estos Objetivos Generales se desglosan en 9 Objetivos Específicos, dentro de los cuales se encuentran 3 objetivos ambientales a los que claramente los montes pueden contribuir:

- a) contribuir a la adaptación al cambio climático y a su mitigación, también mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y mejorando la captura de carbono, así como promover la energía sostenible;
- b) promover el desarrollo sostenible y la gestión eficiente de recursos naturales como el agua, el suelo y el aire, incluyendo la reducción de la dependencia química;
- c) contribuir a detener y revertir la pérdida de biodiversidad, potenciar los servicios relacionados con los ecosistemas y conservar los hábitats y los paisajes;

Estos objetivos son reconocidos como el papel fundamental de los bosques en la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad de aquí a 2030. Basada en esta Estrategia se ha elaborado la Estrategia Forestal UE que promoverá unas acciones que deberán ser incluidas en los Planes Estratégicos de la PAC y en los Fondos de Cohesión.

1. El Plan Estratégico de la PAC

Para abordar los nuevos objetivos de la PAC, cada Estado miembro elaborará un «Plan Estratégico de la PAC» (PEPAC), en el que analizará la situación en su territorio en términos de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades (DAFO), así como sus necesidades conexas, respecto a tales objetivos. En dicho plan estratégico, se fijarán metas cuantificadas en relación con los objetivos y se diseñarán «intervenciones» (a nivel nacional o regional) para alcanzarlas, basándose en un menú a escala de la UE. La Comisión aprobará el plan cuando esté conforme con su calidad. Se hará un seguimiento del progreso anual de las metas y se ajustará el plan en caso necesario. Este enfoque general se aplicará por primera vez a ambos pilares de la PAC juntos: el modelo de programación pasa a cubrir no sólo las intervenciones del desarrollo rural (el segundo pilar de la PAC) como en la actualidad (los mecanismos actuales del segundo pilar de la PAC no son completamente idénticos al enfoque que aquí se expone, pero tienen muchos elementos en común), sino también los pagos directos (parte del primer pilar de la PAC), los cuales representan la mayor parte del presupuesto de la PAC.

En su plan, cada estado miembro tendrá que mostrar cómo, al perseguir los objetivos de la PAC, contribuirá también a la consecución de los objetivos de múltiples aspectos de la legislación medioambiental y climática de la UE

(sobre biodiversidad, calidad del agua y del aire, emisiones de gases de efecto invernadero, energía y plaguicidas). Además, al elaborar su plan de la PAC, cada estado miembro tendrá en cuenta los análisis y las recomendaciones de actuación ya realizados en el marco de dicha legislación (por ejemplo, los análisis relativos a la calidad del agua en lagos, ríos y aguas subterráneas). Las autoridades competentes de los estados miembros en materia de medio ambiente y clima deberán «participar efectivamente» en la preparación de los aspectos medioambientales y climáticos de los planes de la PAC.

Por último, una parte esencial de este marco será la obligación explícita de los estados miembros de mostrar claramente una ambición superior a la actual con respecto a la protección del medio ambiente y el clima.

Este enfoque basado en objetivos, examen de necesidades y planificación estratégica —que abarca ambos pilares de la PAC juntos— permitirá que los estados miembros persigan los objetivos medioambientales y climáticos de la PAC con una respuesta mucho más unida y específica que la actual y que, asimismo, estará más alineada con los análisis y objetivos derivados de la legislación de la UE en materia de medio ambiente y clima.

En general, dado que el enfoque antes mencionado se centrará mucho más en la obtención de resultados que el enfoque actual, el número y el nivel de detalle de las normas establecidas para la PAC en la legislación de la UE se reduce sustancialmente. Este cambio ofrece a los estados miembros mayores oportunidades para aplicar la PAC, con el fin de adaptar las herramientas a las características particulares de sus respectivos territorios.

2. Pilar I (pagos básicos, condicionalidad y ecoesquemas o ecorregímenes)

La PAC es una política agraria, no es una política forestal, y, por ello, los montes no se contemplan en el Pilar I. Y, además, nunca ha sido un instrumento de Política Forestal porque la UE no tiene competencia forestal comunitaria. Esta es la razón de la exclusión de los bosques del Pilar I de la PAC. No obstante, dada la relevancia de los montes y del papel del selvicultor, en línea con la evolución expansiva de la política forestal europea, hasta que no exista un instrumento de financiación propio para el sector forestal, se deberían incluir los montes también en el Pilar I, en este sentido, debería reconocerse la figura del selvicultor activo con una explotación forestal debidamente inscrita en un registro regulado (el FEGA podría ser clave para este cambio hacia una gestión selvícola más profesional con un Plan de Negocio). Así indiciariamente lo ha regulado la legislación de Galicia (Ley 3/2018, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, que entró en vigor el 1 de enero del 2019, que establece la figura del selvicultor activo y un registro voluntario de los mismos).

Con todo, la relevancia de los bosques en la PAC queda patente en el propio considerando 98 del Reglamento (UE) 2021/2115 de la PAC al literalmente mencionarse a los bosques como una de las razones para que exista un único Plan Estratégico por estado miembro: «Con el fin de garantizar que los planes estratégicos de la PAC sean de índole claramente estratégica y facilitar su vinculación con otras políticas de la Unión, y en especial con las metas nacionales a largo plazo establecidas en virtud de la legislación de la Unión o de acuerdos internacionales, como los relacionados con el cambio climático, los bosques, la biodiversidad y el agua, procede que haya un único plan estratégico de la PAC por Estado miembro».

La condicionalidad es un sistema que vincula los pagos directos de la PAC por superficie y animal con una serie de obligaciones. Cuando los beneficiarios de estos pagos no cumplan las obligaciones, los pagos pueden reducirse. Estas obligaciones tienen su origen bien en la legislación de la PAC o en Directivas y Reglamentos no pertenecientes a la PAC relativas al cambio climático, el agua, el suelo y la biodiversidad o los paisajes, como la «Directiva sobre los nitratos».

Además de la condicionalidad, se introducen los ecoesquemas o ecorregímenes (viene a sustituir el concepto de Greening o Pago Verde, que rige en la PAC 2015-2020. *Vid.* B. Rodríguez-Chaves Mimbbrero, 2014). Los ecoesquemas son un nuevo régimen de pago para promover la protección del medio ambiente y el clima mediante complementario al pago directo. Los estados miembros deberán poner a disposición de sus agricultores uno o más ecoesquemas (podrían aplicar varios si lo desean), pero los agricultores tendrán la libertad de participar o no. Los estados miembros decidirán el contenido de sus ecoesquemas, así como cuánto dinero gastarán en ellos. Los requisitos establecidos en un régimen determinado deberán ir más allá de los relativos a la condicionalidad.

Al estar incluidos estos ecoesquemas en el Primer Pilar, los selvícultores, que no tiene derecho al pago básico (por no ser agricultores o ganaderos inscritos en los registros de las administraciones agrarias), no tienen la posibilidad de beneficiarse de esta parte de los fondos. Y este planteamiento es una importante rémora para la gestión y conservación de los terrenos forestales. La inclusión de los montes en el Pilar I podría suponer un gran incentivo para que muchos propietarios forestales den el paso para pasar a ser gestores forestales.

Y lo expuesto no es ni mucho menos baladí en términos económicos. El Plan Estratégico de España está dotado con 47.724 millones hasta 2027. Los ecorregímenes o ecoesquemas constituyen el 23% de los fondos, mientras que el 60% lo constituyen la «ayuda básica» y el «pago redistributivo». El presupuesto para el Pilar II es de 1.700 millones de euros y de ellos un 47% se dedica a actuaciones medioambientales.

3. Pilar II. Desarrollo rural: Aspectos relativos al medio ambiente y el clima

El segundo pilar de la PAC —ayuda al desarrollo rural— ofrece una amplia variedad de instrumentos que pueden ser beneficiosos para el medio ambiente y el clima en los que se pueden incluir claramente los montes.

El Reglamento (UE) 2021/2115 de la PAC (2023-2027) establece para las intervenciones en el desarrollo rural, los principios aplicables a toda la Unión Europea, en particular referidos a los requisitos básicos para que los estados miembros apliquen los criterios de selección. Sin embargo, los estados miembros tienen un margen amplio para fijar condiciones específicas de acuerdo con sus necesidades. Los tipos de intervenciones para el desarrollo rural incluyen pagos por compromisos medioambientales y climáticos, y otros compromisos de gestión que los estados miembros deben apoyar en sus territorios, de conformidad con sus necesidades nacionales, regionales o locales específicas. Los estados miembros deben conceder ayudas a los agricultores y otros gestores de tierras que suscriban voluntariamente compromisos de gestión que contribuyan a la adaptación al cambio climático y a su mitigación, así como a la protección y mejora del medio ambiente, como los relacionados con la calidad y la cantidad de los recursos hídricos, la calidad del aire, el suelo, la biodiversidad y los servicios relacionados con los ecosistemas, incluidos los compromisos voluntarios en el marco de Natura 2000 y el apoyo a la diversidad genética (*vid. considerando 71*). Y, dentro de esas ayudas para los compromisos de gestión se establece que se pueden incluir pagos «para otros tipos de intervenciones en favor de sistemas de producción respetuosos con el medio ambiente, como los servicios silvoambientales y climáticos y la conservación de los bosques; primas para bosques y el establecimiento de sistemas agroforestales» (*vid. considerando 72*). Estos pagos podrían ser asimilables a PSA, pero nótese que se especifica que dicho tipo de pagos solo debe cubrir los costes adicionales y el lucro cesante que resulten exclusivamente de los compromisos que vayan más allá de la base de referencia que constituyen las normas y requisitos obligatorios establecidos en el Derecho nacional y de la Unión, así como la condicionalidad, tal como se establece en el plan estratégico de la PAC. Por lo tanto, a todas luces, es claramente insuficiente. Los compromisos relacionados con dicho tipo de intervenciones deben poder asumirse durante un período anual o plurianual preestablecido, que puede exceder los siete años cuando esté debidamente justificado.

Además, expresamente se dispone que las intervenciones relativas a la silvicultura deben contribuir a la aplicación de la «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030» y, si procede, a incrementar el uso de sistemas agroforestales. Así mismo, deben basarse en los programas forestales nacionales o subnacionales de los estados miembros (el de España para

2030 aún no ha sido aprobado) y deben fundamentarse en los compromisos derivados del Reglamento (UE) 2018/841 UTCUTS y los contraídos por las Conferencias Ministeriales sobre protección de bosques en Europa. Las intervenciones deben basarse en planes de gestión forestal sostenible u otros instrumentos equivalentes que presten la debida atención al almacenamiento de carbono y su absorción de la atmósfera al tiempo que refuerzan la protección de la biodiversidad, y pueden comprender el desarrollo de zonas forestales y la gestión sostenible de los bosques, incluida la forestación de tierras, la prevención de incendios y la creación y regeneración de sistemas agroforestales; la protección, la recuperación y la mejora de los recursos forestales, teniendo en cuenta las necesidades de adaptación; las inversiones para garantizar y mejorar la conservación y resiliencia de los bosques, así como la prestación de servicios climáticos y servicios de ecosistemas forestales, y las medidas e inversiones en apoyo de la energía renovable y la bioeconomía.

Por lo tanto, para acceder a estas ayudas del Pilar II los montes tienen que estar ordenados. Esta exigencia queda reforzada en el art. 73.2 del mismo Reglamento (UE) 2021/2115 de la PAC (2023-2027), que regula las inversiones, al disponer que: «En el caso de las explotaciones que superen cierto tamaño, que los estados miembros determinarán en sus planes estratégicos de la PAC, las ayudas al sector forestal estarán supeditadas a la presentación de la información pertinente procedente de un plan de gestión forestal o de un instrumento equivalente que se ajuste a la gestión forestal sostenible, tal como se define en las directrices generales para una gestión sostenible de los bosques en Europa adoptada en la Segunda Conferencia Ministerial sobre protección de los bosques de Europa celebrada en Helsinki los días 16 y 17 de junio de 1993».

Frente a estas exigencias, en España tenemos una gran asignatura histórica pendiente y es que la gran mayoría de los montes de titularidad privada no cuentan con un plan de gestión forestal. La Ley 21/2015, por la que se modificó la Ley Básica 43/2003, de Montes (43) introdujo un cambio en la

(43) La Ley Básica de Montes 43/2003 regula la existencia de una planificación forestal a escala general, y consagra la existencia de la Estrategia Forestal Española y del Plan Forestal Español. El Plan Forestal Español se sitúa en un primer escalón planificador, siendo el instrumento de planificación a largo plazo de la política forestal, y aplica en el tiempo y el Espacio la Estrategia Forestal Española (art. 30.1). Este plan pretende estructurar las acciones necesarias para el desarrollo de una política forestal española basada en los principios de desarrollo sostenible, multifuncionalidad de los montes, contribución a la cohesión territorial y ecológica y la participación pública y social en la formulación de políticas, estrategias y programas, proponiendo la corresponsabilidad de la sociedad en la conservación y la gestión de los montes. En un segundo escalón planificador se sitúan los Planes forestales autonómicos, y en un tercer escalón se encuentran los Planes de Ordenación de los Recursos Forestales (PORF), éstos representan la novedad planificadora más importante que aporta la Ley de Montes. Los PORF «se configuran como instrumentos de planificación forestal, constituyéndose

regulación, pues aunque mantiene la apuesta general por la planificación como mejor vía para garantizar la gestión forestal sostenible (44), modifica

en una herramienta básica en el marco de la ordenación del territorio» (art. 31.1), de carácter obligatorio, reiterado en la normativa autonómica forestal. Dichos PORF se sitúan como eslabón intermedio entre los planes forestales autonómicos y los instrumentos de ordenación o gestión a escala de monte (que ya no se pueden calificar propiamente como instrumentos de planificación, sino como instrumentos de gestión que ejecutan a escala de monte la planificación forestal contenida en el PORF; se trata de los Proyectos de Ordenación del Monte, los Planes dasocráticos, o los instrumentos de gestión equivalente).

La ordenación de la gestión de los montes se debe llevar a cabo a través de un Proyecto de Ordenación de montes, Plan técnico, Plan Dasocrático o instrumento de gestión equivalente vigente. El Proyecto de Ordenación de montes presenta una mayor complejidad técnica y se suele regular como el instrumento de ordenación específico para los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y para los montes incluidos en el Catálogo de Montes Protectores, mientras para el resto de montes se exige como obligatorio la aprobación de un Plan Técnico o instrumento de gestión equivalente. Ha de reiterarse que estos instrumentos se sitúan no ya en el ámbito de la planificación sino en el de la ordenación o gestión técnica. Ahora bien, en ausencia de estos instrumentos, a efectos de gestión, será de aplicación, el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Forestales (PORF).

Para que el monte pueda gestionarse tiene que tener aprobado un plan de gestión forestal o plan dasocrático. A partir de ese momento será un monte ordenado. La exigencia de que los montes estén ordenados viene dispuesta en la 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, aunque fue en cierto modo relajada a partir de su reforma por la Ley 21/2015, de 20 de julio (art. 33). Además, a partir de la reforma por la Ley 21/2015 se han introducido fórmulas de «planificación subsidiaria» o «Sistemas de Adhesión» (adhesión por parte del titular del monte a un modelo tipo de gestión forestal debidamente aprobado por la Comunidad Autónoma, que incluya series de actuaciones selvícolas aplicables a los diferentes tipos de monte a la escala apropiada), incorporadas en la normativa autonómica de última generación, y que se ha consagrado con carácter general para todo el territorio nacional, al ser recogidas como fórmulas de ordenación de los montes de pequeño tamaño en la Ley 21/2015, por la que se modifica la Ley Básica de Montes, siempre que las Comunidades Autónomas así lo permitan (nuevo apartado 4 del art. 32).

(44) Lo que se entiende por «gestión» se define en el art. 6 de la Ley Básica de Montes de 2003, como «el conjunto de actividades de índole técnica y material relativas a la conservación, mejora y aprovechamiento del monte». La Ley Básica de Montes de 2003 impone que dicha gestión ha de ser sostenible (art. 32.1): «Los montes deben ser gestionados de forma sostenible, integrando los aspectos ambientales con las actividades económicas, sociales y culturales, con la finalidad de conservar el medio natural al tiempo que generar empleo y colaborar al aumento de la calidad de vida y expectativas de desarrollo de la población rural (para mantener las poblaciones rurales)». También en el art. 6.e) define el concepto de gestión sostenible como: «la organización, administración y uso de los montes de forma e intensidad que permitan mantener su biodiversidad, productividad, vitalidad, potencialidad y capacidad de regeneración, para atender, ahora y en el futuro, las funciones ecológicas, económicas y sociales relevantes en el ámbito local, nacional y global, y sin producir daños a otros ecosistemas». Y como no podía ser de otra forma, en los mismos términos se ha recogido en la normativa forestal autonómica: Vid. art. 61 de la Ley 2/1995, de 10 febrero, de Patrimonio Forestal de La Rioja; art. 74, Ley 16/1995, de 4 mayo, de protección forestal y la naturaleza de Madrid; y art. 30 de la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha, entre otras. Sobre la sostenibilidad como principio estructural de la ordenación ambiental, véase LORTEGA ÁLVAREZ, 2005: pp. 46 y ss.

el art. 33.5, flexibilizando el carácter obligatorio de la ordenación de los montes, dejando en manos de las Comunidades Autónomas la decisión sobre en qué supuestos será obligatorio que los montes privados no protectores y públicos no catalogados cuenten con un instrumento de gestión. Sólo la Ley 21/2015 mantiene la obligatoriedad de ordenación para los montes catalogados de utilidad pública y los montes protectores, es decir para los montes que cumplen una función de utilidad pública (art. 33.2). Desde luego, no se puede considerar que fuera la mejor medida, la solución ayer y hoy no pasa por relajar el carácter obligatorio de la ordenación de los montes, porque su aplicación ha sido un fracaso, sino que, muy al contrario, debe el legislador introducir medidas normativas que incentiven y posibiliten que los montes aún no ordenados cuenten con un plan de gestión (que, por otro lado, prevé la propia Ley 21/2015, modificación del art. 63.3). Junto con lo anterior, se regularon las fórmulas de «planificación subsidiaria» o «Sistemas de Adhesión» (adhesión por parte del titular del monte a un modelo tipo de gestión forestal debidamente aprobado por la Comunidad Autónoma, que incluya series de actuaciones selvícolas aplicables a los diferentes tipos de monte a la escala apropiada), incorporadas en la normativa autonómica de última generación, se ha consagrado con carácter general para todo el territorio nacional, al ser recogidas como fórmulas de ordenación de los montes de pequeño tamaño en la Ley 21/2015, por la que se modifica la Ley Básica de Montes, siempre que las Comunidades Autónomas así lo permitan (nuevo apartado 4 del art. 32 LM). Y no es claro que esta planificación subsidiaria tenga la entidad suficiente para que un monte pueda acceder a las ayudas de la PAC con todos los requisitos que la propia PAC establece, por ejemplo, que «las intervenciones deben basarse en planes de gestión forestal sostenible u otros instrumentos equivalentes que presten la debida atención al almacenamiento de carbono y su absorción de la atmósfera al tiempo que refuerzan la protección de la biodiversidad» (45).

Dentro de las medidas forestales correspondientes a los 9 Objetivos Específicos, que pueden ser incorporadas en el Plan Estratégico, el Reglamento (UE) 2021/2115 de la PAC (2023-2027) regula las que siguen:

En lo que corresponde al Objetivo Específico d) contribuir a la adaptación al cambio climático y a su mitigación, también mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y mejorando la captura de carbono, así como promover la energía sostenible:

(45) Además, a criterio de los técnicos en la materia esta regulación entraña un riesgo importante dado que el paso de lo que está previsto en el plan de gestión a la actuación que en realidad se realizará en el monte no es automático ni sencillo. Así lo defienden técnicos como el profesor de la Escuela de Ingeniería Forestal y del Medio Natural (U.P.M.) José Alfredo Bravo Fernández.

- Producción sostenible de energía renovable procedente de la agricultura y la silvicultura;
- Energía renovable procedente de la agricultura y la silvicultura y de otras fuentes renovables: inversiones subvencionadas en capacidad de producción de energía renovable, incluida la basada en la biomasa (en megavatios);
- Tierras forestadas: superficie subvencionada para forestación, agro-silvicultura y recuperación, con datos desglosados;
- Ayudas a la inversión destinadas al sector forestal: inversión total para mejorar el rendimiento del sector forestal.

En lo que corresponde al Objetivo Específico e) promover el desarrollo sostenible y la gestión eficiente de recursos naturales como el agua, el suelo y el aire, incluyendo la reducción de la dependencia química:

- Apoyo a la gestión forestal sostenible: porcentaje de tierra forestal objeto de compromisos para apoyar la protección de los bosques y la gestión de los servicios relacionados con los ecosistemas».

En lo que corresponde al Objetivo Específico f) contribuir a detener y revertir la pérdida de biodiversidad, potenciar los servicios relacionados con los ecosistemas y conservar los hábitats y los paisajes:

- Promover el empleo, el crecimiento, la igualdad de género, incluida la participación de las mujeres en la agricultura, la inclusión social y el desarrollo local en las zonas rurales, entre ellas la bioeconomía circular y la silvicultura sostenible;
- Apoyo a la gestión forestal sostenible: porcentaje de tierra forestal objeto de compromisos para apoyar la protección de los bosques y la gestión de los servicios relacionados con los ecosistemas;

4. Momento en el que estamos

El Reglamento (UE) 2021/2115 de la PAC establece que haya un único Plan Estratégico de la PAC por Estado miembro, no obstante, el plan estratégico de la PAC podrá incluir intervenciones regionalizadas.

Dentro del dialogo estructurado con España para la preparación del PEPAC la Comisión publicó 17 recomendaciones para la elaboración del Plan. De estas recomendaciones, siete se refieren a «Intensificar el cuidado del medio ambiente y la acción por el clima y contribuir a alcanzar los objetivos climáticos y medioambientales de la UE», y cinco a «Reforzar el tejido socioeconómico en las zonas rurales y abordar las exigencias sociales» y dos a «Fomentar y poner en común el conocimiento, la innovación y la digitalización en la agricultura y las zonas rurales y alentar su adopción».

El 29 de diciembre de 2021, España envió a Bruselas Plan Estratégico para PAC (dotado con 47.724 millones hasta 2027). Se prevé que la Unión Europea lo apruebe a finales del primer semestre de 2022, para que sea de aplicación a partir del 1 de enero de 2023. En julio de 2022 España se encuentra en el primer grupo de cinco países que, antes de septiembre de 2022, recibirá, por parte de la Comisión Europea, el visto bueno definitivo al Plan Estratégico de la Política Agraria Común (PAC).

Una versión inicial del Plan Estratégico está disponible desde el día 30 de noviembre de 2021 en la web del ministerio para consulta de todos los interesados, en el marco de la Evaluación Ambiental Estratégica. Tras los ajustes que puedan derivarse de todas las observaciones y alegaciones recibidas en el marco de la fase de Información Pública y de evaluaciones ambiental y de las propias observaciones de la Comisión, España propondrá un texto definitivo del Plan Estratégico.

Al mismo tiempo, está en tramitación un Anteproyecto de Ley que establece las normas para la aplicación y gestión de la nueva PAC en España, con el objetivo de posibilitar una aplicación homogénea en todo el territorio nacional. La nueva orientación de la PAC con el diseño de los planes estratégicos nacionales hace necesario disponer de las adecuadas herramientas que permitan una aplicación armonizada de todas las medidas incluidas en el mismo.

5. El Plan Estratégico de España

Centrándonos en el Plan Estratégico de la PAC 2023-2027 de España, las medidas forestales (correspondientes al Pilar II) se prevén son referidas al Objetivo Específico 5, al Objetivo Específico 6 y al Objetivo Específico 8.

En lo correspondiente a la Estrategia de intervención del Objetivo Específico 5: Promover el desarrollo sostenible y la gestión eficiente de recursos naturales tales como el agua, el suelo y el aire, se incluyen como elementos de condicionalidad reforzada:

- Conservación y gestión de terrenos forestales, incluyendo el aprovechamiento ganadero que incluye: Inversiones forestales no productivas, por las actuaciones de forestación y repoblación forestal, los sistemas agroforestales, la prevención y restauración de daños y otras actuaciones selvícolas;
- Cooperación para el medio ambiente, por la elaboración de planes de gestión forestal; Compromisos forestales de gestión, por la adecuada gestión de espacios forestales y sus aprovechamientos;
- Compromisos de mantenimiento de forestaciones y sistemas agroforestales, por el mantenimiento forestal;

- Inversiones forestales no productivas, por la prevención de daños en masas forestales.

En lo que concierne a Estrategia de intervención del Objetivo Específico 6: Contribuir a la protección de la biodiversidad, potenciar los servicios ecosistémicos y conservar los hábitats y paisajes, se incluyen como elementos de condicionalidad reforzada:

- Compromisos forestales de gestión;
- Compromisos de mantenimiento de forestaciones y sistemas agroforestales;
- Inversiones forestales no productivas, por la mejora en los servicios ecológicos que supone la gestión forestal sostenible que incrementa multifuncionalidad de los bosques, su protección y restauración;

No se han incluido medidas forestales en lo referente al Objetivo Específico: Contribuir a la adaptación al cambio climático y a su mitigación, también mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y mejorando la captura de carbono, así como promover la energía sostenible.

En cambio, sí se han incluido medidas forestales en la Estrategia de intervención del Objetivo Específico 8: Promover el empleo, el crecimiento, la igualdad de género, incluida la participación de las mujeres en la agricultura, la inclusión social y el desarrollo local en las zonas rurales, entre ellas la bioeconomía circular y la silvicultura sostenible.

- Inversiones forestales productivas, mediante actuaciones selvícolas para la mejora del valor económico de los montes, incluidas forestaciones;
- Planes de gestión y proyectos de mejora selvícola con finalidad productiva;
- Inversiones para el aprovechamiento, transformación, movilización y comercialización de productos forestales;
- Infraestructuras auxiliares.

En el propio Plan Estratégico se dice que «con estas inversiones se fomenta la gestión forestal sostenible, incrementando la multifuncionalidad de los bosques, su protección y su restauración, se mejoran las producciones forestales, bien como materias primas o para su uso energético, lo cual tiene un efecto estimulador de la bioeconomía al favorecer el desarrollo de un sector productivo apoyado en el uso sostenible de recursos naturales renovables y se contribuye a crear oportunidades de empleo y actividad económica en las zonas rurales» (vid. pp. 88 y 89).

Asimismo, se han incluido las siguientes medidas:

- R2.6. Poner coto a la pérdida de biodiversidad y revertirla, con el fin de contribuir a la consecución del objetivo del Pacto Verde de la UE relativo a la biodiversidad.

- R2.7. Fomentar la gestión forestal sostenible, incrementando la multifuncionalidad de los bosques, su protección y su restauración. Mejorar la prevención de incendios forestales y la posterior restauración, mediante la mejora de la adaptación al cambio climático.

Como puede verse, dentro de las medidas forestales que comprende el Plan Estratégico que se ha enviado a la Comisión, no hay previsión de aplicar esquemas PSA para la compensación por las externalidades ambientales que ofrecen los montes.

V. RECAPITULACIÓN Y ALGUNAS CONSIDERACIONES MÁS

El enfoque adoptado por la Nueva Estrategia Forestal Europea (2030) sobre el papel de los montes y la gestión forestal incide directamente en la nueva PAC (2023-2027), de acuerdo con en el Reglamento (UE) 2021/2115 de la PAC que, expresamente dispone que las intervenciones relativas a la silvicultura deben contribuir a la aplicación de la «Nueva Estrategia de la UE en favor de los Bosques para 2030». Esta disposición tiene una gran importancia pues la nueva PAC (2023-2027) constituye la fuente de apoyo financiero más importante para la gestión forestal. Los montes cada vez tienen más peso en la política comunitaria pero no tienen un instrumento propio. La PAC es una política agraria, no es una política forestal. Nunca ha sido un instrumento de Política Forestal porque la UE no tiene competencia forestal comunitaria. Esta es la razón de la exclusión de los bosques del Pilar I de la PAC. No obstante, el Pilar II de la PAC —ayuda al desarrollo rural— ofrece una amplia variedad de instrumentos que pueden ser beneficiosos para el medio ambiente y el clima en los que se pueden incluir claramente los montes. Pero, ¿en qué medida, se ha avanzado hacia la integración de los bosques en la PAC? La PAC es una política agraria y, en consecuencia, los aspectos forestales que se recogen en la PAC tienen un claro carácter accesorio y complementario. No contempla el sector forestal como un todo sino como algo accesorio a lo agrario. Además, al incluirse los montes en el segundo Pilar los fondos de los que se pueden beneficiar son sensiblemente menores que los destinados a la agricultura. El principal montante de financiación se va al Pilar I.

Dada la evolución que ha tomado la PAC, no se vislumbra grandes posibilidades en la PAC para posibilitar una gestión sostenible de los montes. El contexto de la PAC va a ser cada vez más restrictivo en cuanto recursos y el montante principal cada vez más se va a concentrar en el Pilar I (pagos directos) porque la capacidad de presión que tiene el sector agroalimentario es mucho mayor que la del sector forestal (lo mismo ocurre para la gestión y conservación de la Red Natura 2000).

Por ello, hay que abogar para que en un futuro el sector forestal se financie por instrumentos que estén fuera de la PAC. Por dos vías: o bien demandar a la UE una política forestal común en el marco del Pacto Verde Común o bien concentrar todos los esfuerzos en la política de cohesión, cuyos fondos serán cada vez más cuantiosos (como el FEDER).

Centrándonos en el Plan Estratégico de la PAC 2023-2027 de España, se puede afirmar que las intervenciones adoptadas no parten de la consideración del sector forestal como un todo sino como algo accesorio a considerar para la mejora de la agricultura, la lucha contra el cambio climático y la regulación del clima, o la conservación de otros recursos naturales como las aguas continentales (disponibilidad y calidad de las aguas) y la protección de suelos. Parece que las múltiples funciones que ofrecen los montes a la sociedad impiden que sean valorados como un fin en sí mismos, como ocurre con otros recursos naturales como el agua o el aire.

En el PEPAC, es cierto, se incluye la intervención: «Inversiones para el aprovechamiento, transformación, movilización y comercialización de productos forestales». Esperemos que se concrete con la mayor eficacia posible. El sector forestal debe afianzarse como origen de riqueza desde el sector primario hasta la industria y como proveedor de materias primas a múltiples cadenas de valor. Además de su valor en sí, muchas de estas cadenas como la madera, la resina, el corcho, son clave para sustituir materias no renovables en sectores como la construcción y la edificación, la energía, la industria química o farmacéutica y otras, desarrollando la bioeconomía y mitigando el cambio climático. La movilización y protección de los recursos forestales es de las pocas actividades económicas que realmente es capaz de crear y anclar empleo y por lo tanto población a entornos rurales, permitiendo luchar contra el desafío demográfico y mejora el patrimonio natural y los servicios ecosistémicos.

Además, se hace muy necesario transmitir a la sociedad en general el mensaje de que los montes gestionados de forma sostenible por los habitantes de las zonas rurales son una gran fuente de riqueza, dignificando a estos trabajadores desde el reconocimiento de su valor en un contexto global.

Una apuesta por la gestión forestal sostenible real, que posibilite la multifuncionalidad del monte, pasa por garantizar la ordenación de los montes. El PEPAC, aunque incluye alguna intervención dirigida a la aprobación de instrumentos de gestión forestal, no es todo lo incisivo que la situación actual demanda. Urge la financiación anual y adecuada de la selvicultura necesaria para la sostenibilidad de todas nuestras masas forestales, se encuentren o no comprendidos en la Red Natura 2000. Estas medidas claramente serán medidas que contribuyan a la prevención de los incendios forestales. Y, dentro estas medidas para la prevención deberían estar los Pagos por Servicio Ambiental que paguen a los propietarios de los montes los servicios ambientales (cobe-

neficios) que estos prestan, estos PSA contribuirán a que los montes sean rentables y se gestionen y no se abandonen. España, al igual que en la mayoría de estados miembros de la UE, se vive cada vez más de espaldas al mundo rural. Se está perdiendo la vinculación con ese ámbito, sin pensar que es «algo vivo», donde hay gente detrás y que necesita recursos para poder gestionarlo.

Y, en este sentido, una de las figuras que se podrían incluir en el PEPAC sería la aplicación de la figura del contrato territorial, que podría constituirse como un instrumento eficaz para vehicular la puesta en marcha y desarrollo de las intervenciones forestales previstas en el Pilar II como elementos de condicionalidad reforzada (46).

España debe aprovechar esta oportunidad histórica que supone la «nueva forma de trabajar» para permitir que los estados miembros diseñen su Plan Estratégico de la PAC para lograr los objetivos comunes de la UE sobre el medio ambiente y el cambio climático, estableciendo objetivos cuantificados y teniendo en cuenta las necesidades y condiciones locales específicas. Esto supone un cambio importante. El sistema basado en la gestión actual centraliza el poder en la Comisión Europea, mientras que este nuevo sistema descentralizado y flexible (para 2023-2027) que da más poder a los países y regiones para diseñar sus medidas según sus necesidades específicas. Otorgar más flexibilidad a los estados miembros y las regiones en el diseño de sus propios planes y medidas estratégicas puede ayudar a adaptar la PAC a las realidades locales. Y en este marco España puede poner en valor el alto potencial forestal que posee que no es otra cosa que poner en valor su patrimonio natural (47).

Nuestro país vecino, Portugal, desde 2020 está emprendiendo iniciativas que nos deben llevar a la reflexión. Por un lado, la aprobación de Programas de Ordenación y Gestión del Paisaje, con el presupuesto de intervención de que los montes son un sumidero de carbono que Portugal necesita para ser neutro en carbono y esta función de sumidero es un bien público que tiene que ser remunerado (se remunerará por año y por hectárea, previo contrato por 20 años, a los propietarios forestales que gestionen su monte, sin perjuicio de que los propietarios de montes pueden ser obligados a arrendar sus montes al Estado, en el caso de que no quieran gestionarlos). Además, el plan incluye la sustitución eucaliptos por especies más pirofitas que puedan aumentar la captura de CO₂. Se trata de tener una política básica para propiciar un territorio resistente al fuego en un paisaje construido en mosaico con muchas discontinuidades, con una presencia muy fuerte del bosque pero con árboles

(46) Sobre la figura del contrato territorial, *vid.* P. AMAT LLOMBART y R. MONFORT PERIS, 2016; M. MUÑOZ AMOR, 2017; J.M. GARCÍA ASENSIO, 2020: pp. 127 a 171; y B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, 2012a: pp. 153-192.

(47) *Vid.* F. LÓPEZ RAMÓN, 2019.

adaptados al territorio. Todas estas actuaciones se integran en el Plan Nacional para el Manejo Integrado de Incendios Rurales aprobado con una duración de 10 años. Del mismo modo se han movilizado 100 millones de euros del Programa de Desarrollo Rural (PDR) y 68 millones del Fondo Ambiental para plantar y gestionar el bosque.

No obstante, todavía hay espacio para la esperanza. Se está trabajando en la nueva Estrategia Forestal Española (EFE) y en el nuevo Plan Forestal Español (PFE). La EFE tiene como objetivo principal «la gestión integral forestal-rural». La Estrategia cuenta con cinco ejes generales:

- I. Conservación de la biodiversidad y la conectividad.
- II. Adaptación de los bosques a cambio climático e incendios forestales.
- III. Bioeconomía forestal. Desarrollo socioeconómico del sector forestal.
- IV Desarrollo y mejora del conocimiento y de la cultura forestal.
- V Modelo de gobernanza.

El Plan Forestal Español convertirá en actuaciones los ejes estratégicos marcados por la EFE. Ambos documentos, EFE y PFE, están pensados con el horizonte de 2050 y tendrán revisiones periódicas. La financiación que recogerá el PFE será vía los Presupuestos Generales del Estado, en el caso de las actuaciones que dependan directamente del Gobierno de España.

Del mismo modo, se encuentra en estado de borrador la elaboración de las Directrices Básicas de Gestión Forestal Sostenible, es decir, de los contenidos mínimos comunes que deben tener todos los planes de ordenación. Y, del mismo modo, se está trabajando en el MITECO en una futura Ley de montes de socios y propiedad comunal.

Ojalá todas estas iniciativas contribuyan, de una vez por todas, a la gestión de nuestros montes y al pago de los servicios ecosistémicos que ofrecen a la sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABREU Y PIDAL, José María (1995): *Propiedad, titularidad y funcionalidad de los terrenos forestales*, ICONA, Madrid.
- BORRAS PENTINAT, S. (2015): «Retos de la política ambiental de la UE hasta 2020: ¿«Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta?»», *Revista General de Derecho Europeo* 01/2015; 35.
- CASAS GRANDE, Jesús (2013): «Una reflexión sobre la contribución de los montes al desarrollo rural de la España actual», en *Foresta*, núm. 56, pp.96 a 105.
- CATRO VALLE, C.M. (2010): *Análisis del marco jurídico institucional para establecer Mecanismos de Pago de Servicios Ambientales*, Fundación Vida.

- CIERCO SEIRA, César (2005): «La participación de los ciudadanos en la gestión sostenible de los montes», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.): *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005.
- AMAT LLOMBART, Pablo y MONFORT PERIS, Rita (2016): *El contrato territorial para el desarrollo sostenible del medio rural*, ed. Aranzadi.
- BARCELONA LLOP, Javier (2005): «Aprovechamientos forestales», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.): *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor.
- BERTRAND, Bernard (2019): *Vivir sin petróleo: el gran libro de los recursos vegetales*, Artaza (Navarra): La Fertilidad de la Tierra Ediciones.
- DE LA CRUZ, S., CALAMA, R., MONTERO, G., RUBIO, A. (2016): «Posibilidad de aumentar la capacidad de absorción de CO₂ de los sistemas forestales mediante la gestión forestal», Comunicación presentada en CONAMA, Madrid, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2016, pp. 4 y ss. (<http://www.conama2016.org>).
- DE VICENTE DOMINGO, R. (1995): *Espacios Forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*, Madrid.
- EZZINE DE BLAS, D.; RICO, L.; RUIZ PÉREZ, M. y MARIS, V. (2011): «La biodiversidad en el universo de los pagos por servicios ambientales: desentrañando lo inextricable», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, núm. 228, Monográfico dedicado a «Pagos por Servicios Ambientales y Desarrollo Económico: perspectivas y retos», 2011, pp. 139-163.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2020a): «El ambicioso Pacto Verde Europeo, 12 de mayo de 2020», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101, Sección «Comentarios».
- (2021b): «La nueva estrategia de la Unión Europea sobre las zonas rurales: pacto verde, visión a largo plazo y nueva Bauhaus (1)», *LA LEY Unión Europea* n° 98, diciembre 2021, núm. 98, 1 de diciembre, Editorial Wolters Kluwer.
- GARCÍA ASENSIO, José Miguel (2020): «El contrato territorial en España aplicado al sector forestal», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Número 47, septiembre-diciembre, pp. 127 a 171.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando (2021): *La certificación forestal: un instrumento económico de mercado al servicio de la gestión forestal sostenible*, ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓMEZ-ZAMALLOA, María Gafo (2015): «Políticas forestales y desarrollo rural: visión desde la UE», en *Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales*, núm. 39, pp. 29 a 34.

- HERRERO, C. y RODRÍGUEZ-DE-PRADO, D (2017): «QuantC, una herramienta informática para la cuantificación de carbono en los bosques», Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio 2017 (<http://7cfe.congresoforestal.es/>).
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari (2014): «Sobre la función de los montes y su planificación», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, pp. 1795-1803.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2019): *Conservar el patrimonio natural*, Madrid, Reus.
- MARTÍN MATEO, Ramón (2002): «Los servicios ambientales del monte», en *Revista Española de Administración Local*, núm. 288, pp. 57-78.
- MARTÍNEZ DE ANGUITA, P., MOLINERO, M., FERNÁNDEZ BARRENA, M., MORENO, V, y PANIAGUA, M. (2010): *Estudio piloto de implementación de un mecanismo de pago por servicios ambientales a los olivares de Jaén*, TRAGSATEC, Inédito.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.F. (2016): «Proyecto LIFE FOREST CO₂. Impulsando la gestión forestal como pieza clave en la mitigación del cambio climático», Comunicación presentada en CONAMA, Madrid, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2016 (<http://www.conama2016.org>).
- MARTÍNEZ, R., JORDÁN, E., VELAMAZÁN, M. y MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ, F. (2017): « Proyecto LIFE FOREST CO₂; una propuesta desde la Gestión Forestal Sostenible para una economía baja en carbono», Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio 2017 (<http://7cfe.congresoforestal.es/>).
- MUÑOZ AMOR, María del Mar (2017): *El contrato territorial en la agricultura multifuncional*, ed. Reus.
- MUÑOZ-PIÑA, C.; RIVERA, M. y CISNEROS, A. (2010): *Cuantificando la Deforestación Evitada: Evaluación del Programa de Pago por Servicios Ambientales Hidrológicos y Otras Políticas*, Instituto Nacional de Ecología. Documentos de Trabajo.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. (2005): «El concepto de Derecho del medio ambiente», en AAVV, *Lecciones de Derecho del medio ambiente* (dirección del propio autor), Lex Nova, Valladolid, 4º ed.
- PALERO MORENO, N.; BAIGES ZAPATER, T. (2013): «Primera aproximación a la implementación de un sistema de Pago por Servicios Ambientales (PSA) en relación al agua y a la gestión forestal de montes privados en Cataluña», *SECF*, Actas del 6º Congreso Forestal, 10 a 14 de junio de 2013, Vitoria-Gasteiz.
- PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio y JIMÉNEZ SHAW, Concepción (2019): «Interfaz urbano-forestal e incendios forestales: regulación legal en España», en esta REVISTA, núm. 53, junio, pp. 158-219.

- PLAZA MARTÍN, Francisco Javier (2001): «La función ambiental de los montes: gestión, restauración y conservación», en *Revista de Estudios Locales*, núm. Extraordinario, julio, pp. 350-362.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca (2012a): «La gobernanza del medio rural. A propósito del Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 273, pp. 153-192.
- (2013b): «Pagos por Servicios Ambientales (PSA) en el Derecho Europeo y en el Derecho interno español. Apuntes sobre su situación actual y perspectivas», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 24 (enero-abril), pp. 82-127.
 - (2014c): «La ordenación de los montes como infraestructura verde estratégica en el marco de la Política Agraria Común (PAC 2015-2020)», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 29, pp. 111-151.
 - (2019d): «Forests, Carbon Sinks and Wood with Bioeconomics as a Backdrop», en *Modern Environmental Science and Engineering*, marzo. Disponible en internet: <http://www.academicstar.us/journalsshow.asp?ArtID=397>.
- RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, J. M. (2003): «Pago por los servicios ambientales: la experiencia de Costa Rica», en *Rev. Unasylya*, núm. 212, pp. 31-33.
- RUIZ PÉREZ, Manuel y LLORCA CASANUEVA, Álvaro (1989): «Economía y producción forestal», en vol. col. Carmen Ortega Hernández-Agero (coord.): *El libro rojo de los bosques españoles*, Ed. Adena/WWF, Madrid.
- SARASÍBAR IRIARTE, Miren (2007a): *El derecho forestal ante el cambio climático: las funciones ambientales de los bosques*, Aranzadi, Pamplona.
- (2016b): «La Cumbre del Clima de París: ¿un avance importante en la política del cambio climático?», en *Administración & Ciudadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 11, núm. 2, pp. 307-314.

GOBIERNO CORPORATIVO Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: ALTERNATIVAS PARA LA INTRODUCCIÓN DE CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES EN LA TOMA DE DECISIONES EMPRESARIAL (*)

JAVIER ESTEBAN RÍOS

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA ASUNCIÓN DE CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL COMO PATRONES VOLUNTARIOS DE COMPORTAMIENTO EN LA TOMA DE DECISIONES EMPRESARIAL.– III. LA RELEVANCIA DE FACILITAR INFORMACIÓN AMBIENTAL AL MERCADO.– IV. LA TÉCNICA DEL «COMPLY OR EXPLAIN» COMO SOLUCIÓN PREVIA A LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES: LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO.– V. CUANDO EL MERCADO NO SATISFACE DEBIDAMENTE LOS INTERESES PÚBLICOS: POSIBILIDADES PARA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES.– VI. ÁREAS DEL GOBIERNO CORPORATIVO DONDE INTRODUCIR CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES DE FORMA OBLIGATORIA: 1. La creación de comités o comisiones especializadas. 2. La integración de perfiles con conocimientos ambientales en el órgano de administración y otros puestos clave. 3. La introducción en la empresa de otros puntos de vista: participación de terceros. 4. La sostenibilidad ambiental y las retribuciones. 5. La obligación de ponderar criterios ambientales vinculados al interés público.– VII. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La adecuada protección del medio ambiente exige la efectiva implicación de los empresarios que operan en los distintos sectores económicos, quienes habrán de integrar criterios de naturaleza medioambiental en sus procesos de toma de decisiones. El trabajo analiza las diferentes alternativas que podrían articularse para alcanzar tal finalidad, así como la oportunidad, ventajas y desventajas de las mismas. Esta asunción de criterios medioambientales por los operadores económicos se llevaría a cabo a través de su introducción en los procedimientos y estructuras de gobierno corporativo, bien de forma voluntaria o bien a través de la imposición de obligaciones jurídicas al efecto. A fin de alcanzar un modelo mesurado, que cohesionara la intervención pública con la autonomía y el dinamismo empresariales, se exigiría adoptar un enfoque mixto. Así, la voluntariedad solamente debería ser sustituida por la imposición de obligaciones cuando el espontáneo actuar de los operadores no permita satisfacer los objetivos medioambientales.

(*) El presente trabajo es uno de los resultados de investigación del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental» (Referencia: PGC2018-099237-B-I00), obtenido en convocatoria competitiva.

Palabras clave: Gobierno corporativo; medio ambiente; criterios medioambientales; sostenibilidad; Derecho Administrativo.

ABSTRACT: Adequate environmental protection requires the involvement of economic actors operating in the different economic sectors, who must integrate environmental criteria into their decision-making processes. The paper analyzes the different alternatives that could be implemented to achieve this goal, as well as the opportunity, advantages and disadvantages of such measures. This assumption of environmental criteria by economic operators would be carried out through their introduction into corporate governance procedures and structures, either on a voluntary basis or through the imposition of legal obligations. In order to achieve a measured model that harmonizes public intervention with entrepreneurial autonomy and dynamism, a mixed approach would be required. Thus, voluntariness should only be replaced by the imposition of obligations when the spontaneous actions of the operators do not allow the environmental objectives to be achieved.

Key words: Corporate governance; environment; environmental criteria; sustainability; Administrative law.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha asistido a un innegable aumento de la preocupación social y gubernamental por el impacto del actuar humano en el medio ambiente. Ello ha llevado, como es sobradamente conocido, a que la comunidad internacional y distintos Estados hayan apostado por renovar y reforzar la apuesta por un desarrollo y una economía más sostenibles (1).

Dentro de esta coyuntura general, favorable a las reformas en materia de sostenibilidad medioambiental, el presente trabajo pretende analizar las distintas vías existentes para integrar los factores y criterios medioambientales en la toma de decisiones de los operadores económicos. Y ello, a fin de lograr una penetración transversal de las preocupaciones medioambientales, que se traduzca posteriormente en una operativa empresarial sostenible.

(1) En este sentido, basta con tener en consideración los distintos instrumentos internacionales que conectan con la protección del medio ambiente, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992; la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015; el Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 2 de febrero de 2017, o las recientes decisiones incluidas en el Pacto Glasgow para el Clima.

Igualmente, en el plano europeo, junto las múltiples disposiciones de derecho derivado que —directamente o indirectamente— inciden sobre el medio ambiente, destacan las iniciativas enmarcadas en el Pacto Verde Europeo, cuyas directrices se contienen en COMISIÓN EUROPEA (2019a). Por su parte, en el contexto español, destaca la reciente aprobación de una norma singularmente ambiciosa, como es la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

Los ciudadanos, en cuanto que consumidores e inversores, cuentan con un papel determinante para la protección del medio ambiente, pues con sus decisiones individuales son capaces de favorecer o perjudicar la sostenibilidad pretendida. Sin embargo, el avance hacia un sistema económico sostenible requiere tomar también en consideración el fundamental papel de los empresarios. Y ello porque los mismos, además de tener la capacidad de adaptar la producción a las demandas y necesidades de unos ciudadanos cada vez más concienciados, cuentan con un relevante poder transformador, vinculado al desarrollo nuevos productos y servicios con un impacto medioambiental más reducido.

Los operadores económicos, en consecuencia, juegan un doble rol. Por una parte, pueden contribuir a proteger el medio ambiente adaptándose a la demanda, mediante la satisfacción de necesidades ya existentes. Por otra, cumplen una labor prospectiva, pues pueden acelerar el cambio hacia un modelo más sostenible por la vía de la oferta, poniendo a disposición del mercado nuevos bienes y servicios que generen un efecto arrastre.

En cuanto a la ciudadanía, el compromiso con el medio ambiente se promueve a través de la formación y la sensibilización acerca de la importancia de su protección, donde tiene un papel fundamental la puesta a disposición de información accesible y veraz sobre la materia. Por su parte, en lo tocante a los empresarios, junto con esta sensibilización y formación, cabría recurrir a distintas técnicas adicionales.

En este sentido, el presente trabajo pretende analizar las diferentes medidas que podrían articularse para que los empresarios integren los criterios ambientales en sus procesos de toma de decisiones, así como la oportunidad, ventajas y desventajas de las mismas. A tal efecto, el estudio prescinde de una muy útil herramienta: el establecimiento de prohibiciones y obligaciones medioambientales concretas que condicionan directamente la actividad de las empresas, y que inciden sobre múltiples áreas como las emisiones, el urbanismo, los residuos o el uso de sustancias contaminantes (2).

Al contrario, se opta por considerar una vía alternativa —de naturaleza indirecta— para integrar los factores medioambientales en las decisiones empresariales, como es la modificación de los procedimientos y estructuras de gobierno corporativo, de modo que en los mismos se encuentre presente la tutela del medio ambiente (3). A este respecto, la penetración indirecta

(2) En este punto, debe tenerse en cuenta que el mero cumplimiento de la legalidad —en particular en sede de medio ambiente— es una exigencia mínima insoslayable para cualquier operador, que se ve superada por las propuestas planteadas en el marco del presente trabajo.

(3) Por lo que se refiere al gobierno corporativo, concepto particularmente vidrioso, existen distintas definiciones, pivotando todas ellas sobre la estructura y organización interna

puede operar mediante herramientas que oscilan entre el fomento del cumplimiento voluntario y la imposición de obligaciones jurídicas que incidan sobre el gobierno interno de las empresas.

En cualquier caso, la selección de esta vía de naturaleza indirecta deriva de su singular capacidad transformadora. Y es que la misma puede ser incluso más potente que la vinculada a las prohibiciones y obligaciones sectoriales, dado que su alcance transversal permitiría impregnar con una pátina medioambiental cualquier actuación de un operador económico, con independencia de que en la materia estén vigentes, o no, restricciones materiales para tutelar el medio ambiente.

II. LA ASUNCIÓN DE CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL COMO PATRONES VOLUNTARIOS DE COMPORTAMIENTO EN LA TOMA DE DECISIONES EMPRESARIAL

En un primer escalón, a la hora de integrar los factores relacionados con la sostenibilidad ambiental en la toma de decisiones corporativa, se encontraría una vertiente eminentemente voluntaria. En virtud de este primer enfoque, los empresarios incluirían y ponderarían criterios ambientales entre el conjunto de variables manejadas, sin existir ninguna obligación jurídica o mecanismo de coerción al efecto (4).

Esta vía, voluntaria, habría de ser la que rigiera con carácter general, por ser la más respetuosa con la libertad de empresa (5). Así, antes de condicionar directamente las decisiones empresariales, habría de explorarse la posibilidad de que las mismas se alineen espontáneamente con los intereses públicos, a fin

de las compañías, la gestión prudente de sus riesgos, así como sobre las relaciones con las diferentes partes interesadas, guiadas por los principios de transparencia, eficiencia y responsabilidad. Para aproximarse al gobierno corporativo, y su evolución, puede ser de interés la consulta de J. M. GONDRA ROMERO (2018); S. HIERRO ANIBARRO (2014); K. J. HOPT (2015), o R. MATEU DE ROS CEREZO (2011).

(4) En este punto, puede destacarse, como iniciativa basada en la voluntariedad, por su notable alcance, la adopción de los conocidos como Principios del Ecuador por parte de más de 130 entidades financieras de unos 40 países distintos. Estos principios tienen por objeto servir de marco común y referencia a las entidades adheridas, para la introducción de criterios ambientales y sociales en las políticas, normas y procedimientos internos de asesoramiento y financiación de proyectos. Para aproximarse a estos principios se recomienda la consulta del documento ENTIDADES FINANCIERAS DE LOS PRINCIPIOS DEL ECUADOR (2013).

(5) El alcance del derecho a la libertad de empresa, plasmado en el artículo 38 de la Constitución Española, y su eventual restricción para atender a finalidades medioambientales, se abordarán en un momento posterior. En cualquier caso, de manera preliminar, para aproximarse al contenido esencial de dicho derecho puede estarse a las obras de G. ARIÑO ORTIZ (1995: 83 y ss.) o J. M. GIMENO FELIU (1994: 163 a 172).

de respetar las exigencias derivadas del principio de necesidad, que rige en la regulación o intervención sobre cualquier derecho o libertad constitucional (6).

En cualquier caso, los empresarios, para determinar si incluyen voluntariamente en sus decisiones estos factores de sostenibilidad ambiental, pueden actuar movidos por diferentes motivos.

Así, en primer lugar, cabe que una empresa asuma internamente, como obligación ética, el respeto del medio ambiente, por existir una especial sensibilidad hacia estas cuestiones o por haberse interiorizado las necesidades de conservar el planeta, como acontece en la esfera de cualquier ciudadano. Ante estas situaciones —quizás ideales— el papel reservado al derecho es limitado, ya que cualquier regulación resultaría redundante, al presuponerse el automático y libre cumplimiento de los operadores.

Junto con esta primera motivación, es también posible que el empresario considere factores medioambientales por una cuestión de imagen, en caso de que los consumidores o los agentes financiadores de la actividad presten una especial atención a estas consideraciones (7). El empresario, aquí, actuaría movido por el propio interés, y por criterios de coste-beneficio, temeroso de que su cifra de negocios se viese reducida o de que sus costes de financiación se incrementasen. A este respecto, la importancia que prestan los inversores a las consideraciones medioambientales a la hora de tomar decisiones es creciente, pero todavía no generalizada (8), y varía en función de diversos parámetros, como el horizonte de inversión, el origen nacional o la ideología (9).

(6) El test de licitud al que se someten las limitaciones de derechos constitucionales, y más concretamente los derechos de libertad de empresa y propiedad privada, será objeto de un específico análisis cuando se estudie la introducción de obligaciones medioambientales para las compañías.

(7) Se pone de manifiesto la relevancia de la responsabilidad social corporativa o responsabilidad social de las empresas. Concepto, este, que ha evolucionado desde su alumbramiento en los años 70 del siglo pasado, y que se asocia con el compromiso permanente de las empresas de cohesitar el desarrollo económico con la mitigación de las externalidades negativas que se pudiesen generar, contribuyendo a la mejora de la situación de los empleados, la sociedad en su conjunto o el medio ambiente.

Para aproximarse a la responsabilidad social pueden consultarse, por ejemplo, los estudios de M. R. KRAMER y M. E. PORTER (2007), o V. SALAS FUMÁS (2011). Igualmente, puede estarse a los documentos internacionales sobre la materia, como los de COMISIÓN EUROPEA (2011a: 7) o WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2000: 3).

(8) En este sentido, por ejemplo, pueden consultarse los estudios de R. G. ECCLES y S. KLIMENKO (2019: 114 y 115); O. HAWN, A. K. CHATTERJI y W. MITCHELL (2017: 970 y 971), o F. PAETZOLD y T. BUSCH (2014: 262 y 263).

(9) Así, se aprecian relevantes asimetrías en la influencia de factores de sostenibilidad en función de distintas variables, como la duración del horizonte de inversión, según L. STARKS; P. VENKAT y Q. ZHU (2017: 33 y 34), el país de origen de los inversores, de acuerdo con A. DYCK; K. V. LINS; L. ROTH y H. WAGNER (2019: 713), o su ideología, en virtud del estudio de P. BOLTON; T. LI; E. RAVINA y H. ROSENTHAL (2019:351).

Es habitual que se cuestione este patrón de actuación, pues la motivación no deriva de la convicción basada en las evidencias científicas, sino del puro interés económico, lo que lleva en ocasiones a meras intervenciones estéticas conectadas con el censurable fenómeno del «greenwashing» (10). No obstante, en tanto en cuanto las decisiones integren efectivamente factores medioambientales, la índole de los motivos habría de ser irrelevante, dejándose al margen las consideraciones éticas. Y ello porque, a efectos prácticos, se estaría consiguiendo una mayor protección del medio ambiente.

Para maximizar la eficacia de esta segunda vía de actuación voluntaria, habría de asegurarse que los consumidores y financiadores pueden tomar decisiones coherentes con sus principios, valores y preferencias. El control y condicionamiento que puede ejercer el mercado solamente será adecuado si los agentes implicados pueden discernir entre las actuaciones que cumplen con exigentes parámetros medioambientales y aquellas otras que no lo hacen, de modo que pueda premiarse o castigarse a los operadores económicos con las decisiones de consumo o inversión (11).

Desde este punto de vista, resultará esencial que los consumidores y financiadores cuenten con la debida información, que faculte para conocer en qué medida un empresario aplica en su proceso productivo elementos de sostenibilidad ambiental (12). Por tanto, a fin de asegurar la racionalidad de las decisiones económicas de los agentes, deberá garantizarse que los mismos disponen de información suficiente, comprensible y veraz. En este sentido, junto con los diversos datos que las empresas han de incluir en distintos informes publicados de forma periódica, será especialmente interesante el recurso a instrumentos de simplificación (13). Me refiero, por ejemplo, a la clasifica-

(10) El «greenwashing», término de origen anglosajón, se refiere a las malas prácticas adoptadas por algunos empresarios que presentan productos o servicios como respetuosos con el medio ambiente, aunque realmente no lo sean.

(11) Sobre este particular, existen diversas limitaciones en relación con el control que puede practicar el mercado, siendo especialmente relevantes las vinculadas con las dificultades para procesar cantidades ingentes de información con distinta procedencia y alcance, a las que se refiere A. NOGUEIRA LÓPEZ (2021). Igualmente, aparecen otros límites conectados con la presencia de elementos de tipo emocional o anímico en la toma de decisiones, que complican una pretendida y deseada racionalidad. La influencia de estos «espíritus animales» en la conducta humana, se ha analizado detenidamente desde ámbitos como la economía o la psicología, pudiendo consultarse A. AKERLOF GEORGE A. y J. SHILLER, ROBERT (2009) o J. M. KEYNES (1936: 161 y 162).

(12) En este sentido, animando a los empresarios a comunicar al mercado información no financiera, se pronuncia ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS y G-20 (2016: 43).

(13) Acerca de la información que debe suministrarse al mercado, a fin de asegurar una toma de decisiones racional, se volverá con mayor detalle en un momento posterior.

ción de productos y servicios como ambientalmente sostenibles, con diversos grados de impacto, de acuerdo con taxonomías previamente prefijadas (14), a la utilización de etiquetas o distintivos relativos a emisiones y a eficiencia energética (15) o a la certificación de procesos a partir del cotejo con ciertos estándares de calidad (16).

En último término, como factor que puede mover a los empresarios a adoptar conductas respetuosas con el medio ambiente, aparece la fijación de incentivos directos o indirectos por parte del sector público. Me refiero a la fijación de medidas de fomento que premien a aquellos operadores que integran estándares ambientales más exigentes en su actividad (17). La acción de fomento aparece como elemento de motivación adicional para conducir los esfuerzos privados hacia fines de interés público (18).

De este modo, el establecimiento de estímulos consistentes en diversas ventajas —subvenciones, premios y distinciones, exenciones o bonificaciones fiscales, financiación bonificada o incluso descuentos en los requerimientos prudenciales— permite alcanzar objetivos allí donde las obligaciones jurídicas

(14) Por lo que se refiere a la taxonomía, resulta fundamental, a fin de permitir la toma de decisiones racional, determinar de forma estandarizada si una actividad económica se considera, o no, medioambientalmente sostenible, según nos recuerda la COMISIÓN EUROPEA (2021).

A este extremo, dirigen sus esfuerzos, en la parcela financiera, el Reglamento (UE) 2020/852, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, así como el desarrollo contenido en el Reglamento (UE) 2020/852, o en otros proyectos que pretenden concretar y extender sus previsiones a otros ámbitos.

(15) Así, puede estarse al etiquetado relacionado con consideraciones medioambientales aplicable a distintos bienes como las construcciones, los vehículos de combustión interna, los electrodomésticos o los neumáticos, en aplicación de normas como el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2017, por el que se establece un marco para el etiquetado energético o el Reglamento (CE) n° 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE. Igualmente, este etiquetado se extiende también a los productos financieros ex artículo 4 del Reglamento (UE) 2020/852.

(16) Sobre los sistemas de gestión medioambiental se volverá a continuación.

(17) En este sentido, la Comisión Europea se ha mostrado proclive a considerar compatibles, en conexión con el artículo 107.3.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, diversas medidas de fomentos vinculadas a la energía y el medio ambiente. Sobre la cuestión, y los requisitos a cumplir para alcanzar dicha compatibilidad, puede consultarse COMISIÓN EUROPEA (2022).

(18) Acerca de la acción de fomento, sus caracteres y límites, me remito a la doctrina que ha abordado dicha forma de actuación administrativa, pudiendo señalarse las tradicionales obras de L. JORDANA DE POZAS (1949) o de G. FERNÁNDEZ FARRERES (1983), u otras más recientes, como las de M. GARCÉS SANAGUSTÍN, A. PALOMAR OLMEDA e I. M. ARTEAGABEITIA GÓMEZ (2018); F. LÓPEZ RAMÓN (coord.) (2005), o J. PASCUAL GARCÍA (2016).

no llegan (19). En todo caso, que algunas medidas de fomento se supediten a la asunción de ciertas obligaciones por los beneficiarios no implicaría un alejamiento de la voluntariedad en la toma de decisiones, pues dichas obligaciones tienen su origen en el consentimiento —expreso o tácito— del favorecido.

En cualquier caso, como un ejemplo paradigmático de la asunción voluntaria de criterios medioambientales, aparece la implantación de sistemas de gestión medioambiental por parte de los empresarios, con base en estándares internacionales o europeos (20). Estos sistemas de gestión medioambiental, revisados periódicamente por auditoras ambientales, incluyen los procesos necesarios para adaptar la producción a las exigencias medioambientales y promueven una asignación de funciones que permita individualizar las responsabilidades.

III. LA RELEVANCIA DE FACILITAR INFORMACIÓN AMBIENTAL AL MERCADO

Como se ha puesto previamente de manifiesto, para la adopción de decisiones racionales por parte de los consumidores y financiadores, será determinante proporcionar a dichos sujetos información suficiente acerca de la asunción de consideraciones medioambientales por los empresarios.

Esta información puede proporcionarse directamente por los operadores económicos, a través de soportes diversos. Sin embargo, para asegurar su regularidad, comparabilidad y veracidad, será habitual que los poderes públicos impongan obligaciones en tal sentido, prefijando contenidos, plazos y formatos. El legislador, en este ámbito, se convierte en un garante de la transparencia y facilitador del flujo de información, tratando de subsanar los defectos derivados del espontáneo funcionamiento del mercado.

De entre todos los deberes informativos existentes, a continuación, se hará referencia a los más relevantes, de modo que se aprecie como las exigencias en materia medioambiental son todavía limitadas, sin alcanzarse, con mucho, las presentes en los ámbitos contable o puramente financiero.

En primer término, por su más amplio alcance subjetivo, aparece la información sobre medio ambiente que debe incluirse en la memoria integrada

(19) Se trata, como en otros muchos ámbitos, de explotar las ventajas proporcionadas por la combinación del estímulo con la imposición de obligaciones, concretadas en la expresión «palo y zanahoria», que el filósofo inglés Jeremy Bentham tomó de una parábola tradicional británica, a fin de explicar gráficamente sus tesis sobre la motivación.

(20) Así, puede estarse a las exigencias contenidas en las normas de la familia ISO 14000 o en el Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, modificado en diversas ocasiones.

dentro de las cuentas anuales (21). De este modo, cualquier sujeto obligado a formular memoria normal —no así memoria abreviada— habrá de facilitar datos e información sobre múltiples aspectos (22). En particular, se habrá de proporcionar información sobre extremos tales como los sistemas, equipos e instalaciones cuyo fin sea la minimización del impacto ambiental o la protección y mejora del medio ambiente, los gastos del ejercicio cuyo fin sea la protección y mejora de dicho medio ambiente o los riesgos, contingencias y provisiones relacionados con actuaciones medioambientales.

Además de esta información a integrar en la memoria, vinculada a elementos contables, existe también la obligación de publicar algunos datos e informaciones de carácter no financiero. En este sentido, ciertas compañías han de elaborar y difundir determinada información, que se viene a integrar en un estado no financiero propio, vinculado a las cuentas anuales (23). Y es que se ha considerado que la divulgación de información no financiera es fundamental para que se conozcan, midan, supervisen y gestionen los rendimientos de las empresas y su impacto en la sociedad, así como para favorecer la transición hacia una economía mundial más sostenible (24).

(21) Información a integrar en la nota 15 de la Memoria, de acuerdo con el apartado 15 de la sección relativa al Contenido de la Memoria, del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

(22) Los sujetos que pueden formular memoria abreviada no vienen obligados a incluir información específica sobre medio ambiente, de acuerdo con el modelo de memoria abreviada contenido al efecto en el Real Decreto 1514/2007. Ello, claro, sin perjuicio de que la integración de este tipo de información fuese necesaria para mostrar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera o los resultados de la empresa, según dispone la norma 4ª.5 de la elaboración de las cuentas anuales del Real Decreto 1514/2007.

En cualquier caso, por lo que se refiere al alcance subjetivo de la memoria abreviada, podrán formular la misma aquellos sujetos que, a fecha de cierre, cumplan al menos dos de las siguientes circunstancias: i) activo total no superior a cuatro millones de euros; ii) importe neto de la cifra anual de negocios no superior a ocho millones de euros, y iii) número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no superior a 50.

(23) Esta novedad se introduce por la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Dicha norma se transpone en nuestro país mediante el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

En cuanto a la vía a través de la que ha de difundirse dicho estado de información no financiera, el mismo puede unirse al informe de gestión o bien publicarse como informe separado dentro de unos plazos prefijados, de acuerdo con los artículos 19bis y 29bis de la Directiva 2014/95/UE, 49 del Código de Comercio y 262.5 del Real Decreto Legislativo 1/2010.

(24) Dicha finalidad se expresa en el considerando núm. 3 de la Directiva 2014/95/UE.

No obstante lo anterior, no toda compañía queda obligada a preparar este tipo de informaciones no financieras. Antes al contrario, únicamente han de formular el estado aludido las entidades o grupos que cumplan con ciertos requisitos de interés público y de tamaño (25).

A tal efecto, el deber de información nacerá si una compañía tiene un número medio de trabajadores superior a 500 y si, además, se satisfacen dos criterios alternativos relativos al interés público o al tamaño. Así, como primera alternativa, aparece la eventual consideración de la entidad como de interés público de conformidad con la legislación de auditoría, lo que alcanza a las emisoras de valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, a las entidades de crédito, a las entidades aseguradoras o a aquellas compañías que así se califiquen reglamentariamente por su importancia (26). En defecto de esta calificación como entidad de interés público, se publicará la aludida información no financiera si durante dos ejercicios consecutivos, a fecha de cierre, se cumplen al menos dos de las tres circunstancias siguientes: total de las partidas del activo superior a 20.000.000 de euros, importe neto de la cifra anual de negocios superior a 40.000.000 de euros, o número medio de trabajadores empleados superior a 250 (27).

Por lo que se refiere al contenido del aludido informe, el mismo es de lo más variado, incluyendo distinta información e indicadores que permitan conocer la vinculación de la empresa —y sus actividades, políticas y resultados— con cuestiones y riesgos medioambientales y sociales, relativos a derechos humanos o referidos al trato dispensado al personal o a la lucha contra la corrupción (28).

En concreto, en la parcela medioambiental, la información alcanzará a los efectos —actuales o previsibles— de las actividades empresariales sobre el medio ambiente, brindando datos acerca de los procedimientos de evaluación

(25) Según se dispone en los artículos 19bis y 29bis de la Directiva 2013/34/UE y 262.5 del Real Decreto Legislativo 1/2010. En este sentido, la normativa española ha recogido un ámbito de aplicación más amplio que el previsto por las normas comunitarias, referido exclusivamente a entidades de interés público que superen los 500 trabajadores.

(26) En virtud del artículo 3.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

(27) De acuerdo con los artículos 19bis.1 de la Directiva 2013/34/UE y 262.5 del Real Decreto Legislativo 1/2010.

(28) El concreto contenido de este estado no financiero se recoge en los artículos 19bis.1 y 29bis.1 de la Directiva 2013/34/UE y, en el ordenamiento español, en el artículo 49.6 del Código de Comercio, al que se remite el artículo 262.5 del Real Decreto Legislativo 1/2010 para el plano individual.

A su vez, para facilitar la elaboración y presentación armonizada de la información por las distintas compañías de diferentes Estados miembros, se han aprobado las Directrices contenidas tanto en COMISIÓN EUROPEA (2017), como en COMISIÓN EUROPEA (2019b). Ambas elaboradas bajo el mandato del artículo 2 de la Directiva 2014/95/UE.

y certificación ambiental existentes, los recursos destinados a la prevención de riesgos ambientales, el sometimiento al principio de precaución o las provisiones y garantías dotadas para afrontar riesgos ambientales (29). Las cuestiones medioambientales a abordar, además, atienden a muy distintas facetas de la actividad, como son las relativas a la contaminación, el uso sostenible de los recursos y materias primas, la economía circular y la prevención y gestión de residuos, la protección de la biodiversidad o el cambio climático (30).

Como elemento singular de estas exigencias de transparencia se requerirá integrar información acerca de cómo y en qué medida las actividades de la empresa se asocian a actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles (31). Concretamente, como indicadores, se incluirán la proporción de la facturación que procede de actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles, así como la proporción de inversiones en activo fijo y gastos de explotación relacionadas con procesos asociados a actividades económicas medioambientalmente sostenibles (32).

No obstante lo anterior, el interesante papel que puede cumplir este estado de información no financiera cuenta, al menos, con dos relevantes limitaciones. En primer lugar, aparece lo restringido de su alcance subjetivo, refiriéndose únicamente a las sociedades mercantiles de mayores dimensiones. En todo caso, aunque los umbrales fijados puedan considerarse excesivamente elevados, el establecimiento de algún límite cuantitativo resultaría coherente con el principio de proporcionalidad, pues exigir un elevado desglose informativo a entidades de reducido tamaño podría acarrearles costes de gestión excesivos.

En segundo lugar, y como limitación más censurable, se recoge una relevante especialidad respecto de la verificación que los auditores pueden realizar sobre el contenido del estado de información no financiera. Así, se prevé expresamente una clara limitación a la fiscalización a cargo de los sujetos encargados de la auditoría de cuentas, pues los mismos comprobarán exclusivamente que el estado se encuentra efectivamente publicado y que, en caso de optarse por una publicación separada de las cuentas anuales, consta en el informe de gestión referencia a esta separación (33). A través de estas exclusiones, que circunscriben el control de auditoría al plano meramente formal, se reduce la fiabilidad de la información compartida, pues no se contrastan por un tercero profesional factores tales como la concordancia del estado financiero con las

(29) De acuerdo con el artículo 49.6 del Código de Comercio.

(30) De nuevo, estos extremos se contienen en el artículo 49.6 del Código de Comercio.

(31) Ex artículo 8.1 del Reglamento (UE) 2020/852.

(32) En virtud del artículo 8.2 del Reglamento (UE) 2020/852.

(33) Los límites al control que pueden ejercer los auditores de cuentas se recogen en el artículo 35.2 de la Ley 22/2015, resultando coherentes con lo previsto en los artículos 19bis.5 y 29bis.5 de la Directiva 2013/34/UE.

cuentas anuales, la conformidad del contenido con las exigencias regulatorias, o las eventuales incorrecciones materiales existentes (34).

Ambos problemas se pretenden atajar a través de una ambiciosa reforma de la normativa sobre difusión de información no financiera, mediante la que se incremente el desglose de información y se amplíe el ámbito de aplicación subjetivo, para alcanzar a toda gran empresa —con independencia de si se considera entidad de interés público— o incluso en ciertas ocasiones a las pequeñas y medianas empresas (35). Igualmente, a fin de aproximar la auditoría de la información financiera y no financiera, se habilitará a la Comisión Europea para aprobar normas de verificación de la información en materia de sostenibilidad, que han de llevar progresivamente a alcanzar una revisión material de la información suministrada (36).

Al margen de lo referido respecto del estado de información no financiera, ciertas compañías vienen obligadas a suministrar información adicional relativa a los riesgos de sostenibilidad medioambiental. Se trata de sujetos participantes en los mercados financieros (37) —como empresas de servicios de inversión, aseguradoras, entidades de crédito, gestores de fondos o asesores financieros— quienes deberán alojar en sus respectivas páginas web diferente información referida a las políticas de integración de los riesgos de sostenibilidad en los procesos de toma de decisiones, a la descripción de las

(34) Los anteriores controles, ya de por sí reducidos, son los realizados por los auditores respecto del informe de gestión, ex artículo 5.1.f) de la Ley 22/2015.

(35) Se trata de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n° 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad —que se encuentra actualmente en fase de tramitación legislativa.

Por lo que se refiere las posibilidades de ampliación de las obligaciones de información en materia de sostenibilidad puede consultarse J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ (2022).

(36) Medida recogida en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo previamente referida, que afectaría a los artículos 26 bis y 27 bis de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas. En defecto de estas normas de verificación de la Comisión, los distintos Estados miembros aprobarán sus propias reglas sobre revisión de información en materia de sostenibilidad.

(37) Los sujetos obligados se determinan en función de elementos de forma jurídica pero también de las actividades realizadas, de modo que, por ejemplo, las entidades de crédito se entenderán sometidas a la normativa en caso de que presten servicios de inversión, ex artículo 2.1.i) del Reglamento (UE) 2019/2088, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros. De igual modo, dicho Reglamento (UE) 2019/2088 prevé distintas obligaciones según sea la condición del sujeto obligado, recogiendo también algunos matices derivados del principio de proporcionalidad, que atienden al tamaño, naturaleza y escala de las actividades de las entidades.

principales incidencias adversas en materia de sostenibilidad o a la adopción de acciones orientadas a mitigar tales incidencias (38).

A su vez, dichos operadores habrán de proporcionar información específica a sus potenciales clientes, y ya no solamente al mercado en general, de modo que quien quiera concluir un concreto contrato dispondrá de información medioambiental sobre su contenido. Así, entre la diversa información precontractual que estas compañías están obligadas a suministrar con carácter general, se incluirá también una descripción del modo en el que los riesgos de sostenibilidad se integran en las decisiones de inversión y en la rentabilidad de los productos financieros ofertados (39). De igual manera, si se ofertan productos financieros promoviendo sus características medioambientales o estableciendo que los mismos tendrán por objetivo inversiones sostenibles, la información precontractual deberá incidir sobre cómo se cumplen dichas características o acerca de cómo se evalúa el efectivo destino a inversiones sostenibles (40).

Por otra parte, en lo tocante a unos particulares riesgos, como son los vinculados al cambio climático, se imponen ciertas obligaciones informativas adicionales. De este modo, las entidades obligadas a elaborar el estado de información no financiera, así como las entidades de crédito y aseguradoras, han de elaborar y publicar un informe anual sobre el impacto financiero en la sociedad derivado de la exposición de la actividad a riesgos asociados al cambio climático, incluyendo los riesgos de la transición hacia una economía sostenible y las medidas adoptadas para afrontar dichos riesgos (41). El contenido de estos singulares informes se fijará en el plazo de dos años por Real Decreto (42), debiendo publicarse los mismos en lugares distintos según cuál sea el tipo de entidad concernida (43).

(38) Estas obligaciones se contienen, por ejemplo, en los artículos 3, 4, 7 y 10 del Reglamento (UE) 2019/2088, encontrándose ciertos matices en los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento (UE) 2020/852. En cualquier caso, para un mayor desarrollo de la forma en la que deben cumplirse estas obligaciones precontractuales puede ser de especial interés la consulta de los Regulatory Technical Standards with regard to the content and presentation of disclosures pursuant to Article 8(4), 9(6) and 11(5) of Regulation (EU) 2019/2088.

(39) Ex artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/2088.

(40) De acuerdo con los artículos 8 y 9 del Reglamento (UE) 2019/2088.

(41) Obligación impuesta en los apartados 1 a 4 del artículo 32 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. En particular, en lo que se refiere a las entidades de crédito, el artículo 32.5 de la Ley 7/2021 dispone la publicación de objetivos específicos de descarbonización de las carteras de préstamo e inversión.

(42) Parece coherente que, mientras no se apruebe dicho Real Decreto previsto en el artículo 32.5 de la Ley 7/2021, las obligaciones impuestas queden suspendidas, a pesar de que no exista una específica disposición al efecto en dicha norma.

(43) Así, por ejemplo, las sociedades emisoras de valores incluirán esta información en el informe de gestión, mientras que las entidades de crédito lo harán entre la información con relevancia prudencial que han de publicar, ex artículos 32.1 y 32.2 de la Ley 7/2021 respectivamente.

En este sentido, hubiera resultado coherente, evitando una indeseable dispersión informativa, que, en tanto en cuanto los sujetos obligados hayan de publicar el estado de información no financiera, los mismos pudieran integrar la información exigida en dicho estado. De esta manera se evitaría la publicación de un informe adicional que, quizás, pudiera entenderse de mejor manera si se consultase conjuntamente con el resto de datos no financieros.

Por último, incluso existen supuestos en los que la información sobre la sostenibilidad ambiental de las actividades empresariales se suministra al mercado por las autoridades públicas, y no por los empresarios. Me refiero al informe bianual que debe elaborarse, conjuntamente, por el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y en el que debe figurar el grado de alineamiento del sector financiero español con los objetivos y metas climáticas, así como una evaluación del riesgo que el cambio climático plantea para dicho sistema (44). En este caso, aunque se trate de un informe sectorial, y no relativo a compañías individuales o grupos, el mismo puede ser de utilidad para que los potenciales financiadores valoren la conveniencia de invertir en el sector financiero o bien se decanten por otras alternativas.

IV. LA TÉCNICA DEL «COMPLY OR EXPLAIN» COMO SOLUCIÓN PREVIA A LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES: LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO

En el apartado anterior ha podido apreciarse que existen diversas obligaciones de información impuestas a los empresarios, en relación con el impacto de sus actividades en el medio ambiente. Los poderes públicos, por tanto, han utilizado el Derecho para establecer deberes jurídicos —especialmente intensos en algunos sectores— que garanticen una toma de decisiones informada y racional por parte de los agentes económicos.

Sin embargo, dichos deberes jurídicos no alcanzan a la adopción de conductas concretas por los operadores, a través de la integración de criterios medioambientales en el ejercicio de sus actividades empresariales. Así, no se imponen obligaciones de resultado a los operadores, ni se exige la adaptación de los procesos productivos. Antes al contrario, simplemente se exige el suministro de información y datos acerca de cómo una determinada actividad económica —libremente configurada— impacta en el medio ambiente.

Esta total voluntariedad en la adopción de criterios medioambientales de actuación cuenta con evidentes limitaciones, pues se deja la adhesión a dichos

(44) Según prevé el artículo 33.1 Ley 7/2021, que impone la publicación y remisión al Congreso de los Diputados y al Senado de dicho informe.

estándares a la efectiva vocación transformadora de los empresarios o al efectivo control que pudieran ejercer los clientes e inversores. Ello puede desembocar en situaciones no satisfactorias, en las que se aprecien desviaciones generalizadas respecto de los parámetros ambientales considerados idóneos.

Para hacer frente a esta situación, como solución alternativa, aparecería la obligación jurídica de introducir o ponderar criterios medioambientales en los procesos de toma de decisiones corporativas o el establecimiento directo de obligaciones de resultado. Sin embargo, ante el impacto que esta vía pudiera tener en los derechos de los empresarios, podría barajarse todavía una solución intermedia entre la plena voluntariedad y las normas imperativas. Me refiero al recurso a la técnica o principio del «comply or explain», que cuenta ya con cierta trayectoria en nuestro derecho societario (45).

Esta técnica combina el principio dispositivo con la necesidad de motivar la desviación respecto de los estándares establecidos (46). De este modo, se establecen recomendaciones orientadas a la satisfacción de determinados objetivos, cuyo cumplimiento continúa siendo voluntario. Sin embargo, en caso de que los empresarios se desvíen de dichas sugerencias, se exigirá una explicación razonada de los motivos que han llevado al no seguimiento. Se trata de permitir la conjunción de la necesaria flexibilidad en el cumplimiento por parte de los operadores y el efectivo acogimiento de las recomendaciones, exigiendo un ejercicio de transparencia en caso de no atenderse a las mismas.

Dicho principio, que proporciona un marco flexible para adaptar las estructuras y procedimientos de decisión a las particularidades y necesidades de los operadores —pero siempre justificando la desviación— ha tenido cierta acogida en el ámbito nacional y de la Unión. Así, el mismo se ha generalizado en las últimas regulaciones sobre gobierno interno de las compañías y, más concretamente, en lo referido a la elaboración de informes periódicos sobre gobierno corporativo (47).

(45) La aplicación de dicho principio tiene su origen en el informe del HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS (2002), o Informe Winter —en virtud del nombre de su presidente, Jaap Winter. Para conocer el impacto y contenido de este informe se aconseja la consulta de J. M. GARRIDO GARCÍA (2003).

(46) Para aproximarse a este principio y a su funcionamiento e implantación, pueden consultarse J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ (2016: 39 a 41); A. OÑORO CARRASCAL y A. ROMERO MORA (2013: 405); V. ORTI GISBERT (2016: 127 y 128), o F. URÍA (2016: 233 y 234).

(47) En este sentido, por lo que se refiere a las recomendaciones existentes en sede de gobierno corporativo, este principio aparece, por ejemplo, en el artículo 20.1.b) de la Directiva 2013/34/UE, que afirma que: «cuando una empresa, de conformidad con el Derecho nacional, no aplique el código de gobernanza empresarial citado (...), explicará las razones de su actuación», o bien en el artículo 540.4.g) del Real Decreto Legislativo 1/2010, que dispone que el informe de gobierno corporativo deberá referirse al: «grado de seguimiento

En consecuencia, cabría la posibilidad de fijar una serie de recomendaciones en materia de integración de las consideraciones medioambientales en la toma de decisiones empresarial, partiendo de las mejores prácticas internacionales existentes. Estas recomendaciones medioambientales podrían alcanzar aspectos corporativos y de organización interna de las compañías o bien, incluso, configurar metas o resultados específicos a obtener. En cualquier caso, la fijación de estas recomendaciones habría de acompañarse del deber de publicar su eventual cumplimiento —o los motivos para su omisión— en algún medio de libre acceso, con vistas a permitir el control por parte del mercado.

En la actualidad, aunque de forma limitada, ya existe algún ejemplo de la aplicación del «comply or explain» en materia medioambiental en el ordenamiento español. Se trata del establecimiento de recomendaciones en materia de gobierno corporativo en el *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* (48), cuyo eventual incumplimiento habrá de justificarse en un informe anual emitido al efecto (49).

Así, en sede de principio, se promueve la adopción de una política adecuada de sostenibilidad en materia medioambiental y social, que permita garantizar la creación de valor a largo plazo (50). Dicho principio se concreta en una serie de recomendaciones, que afectan a las políticas de sostenibilidad a adoptar, disponiéndose un contenido mínimo que las mismas habrían de incluir (51). Este contenido mínimo alcanza a cuestiones tales como los principios, compromisos, objetivos y estrategias en relación con el medio ambiente, la fijación de sistemas de seguimiento y supervisión de las políticas y riesgos, o el establecimiento de canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés existentes.

Estas consideraciones, aunque muy limitadas, podrían servir como punto de partida para construir un conjunto de recomendaciones medioambientales

de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones».

Para una aproximación general a los informes de gobierno corporativo pueden consultarse R. AYALA BLANCA (2016: 267 y 268), o R. HERNÁNDEZ PEÑASCO (2015).

(48) Me refiero al *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su última versión de junio de 2020 (accesible desde: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf).

(49) La obligación de elaborar estos informes anuales, además de a otros sujetos, se impone a las sociedades cotizadas, de acuerdo con el artículo 540.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010.

(50) De acuerdo con el Principio nº 24 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, p. 47.

(51) Se trata de la Recomendación nº 55 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, p. 47.

más ambicioso, que incluso fuera más allá del alcance subjetivo al que se vinculan los códigos e informes de gobierno corporativo vigentes. No obstante, y pese a las virtudes que esta herramienta pudiera presentar, se han observado también ciertas deficiencias y problemas en su aplicación.

De este modo, se ha criticado que, en ocasiones, las explicaciones proporcionadas para justificar los incumplimientos son insuficientes, o simplemente vagas y genéricas (52). Dichos defectos en las justificaciones resultarían particularmente problemáticos, habida cuenta de que el mecanismo que sustenta la herramienta del «comply or explain» descansa en la valoración por el mercado del cumplimiento de las recomendaciones o de la justificación debida en caso de incumplimiento.

La referida insuficiencia se vería favorecida por una redacción excesivamente genérica de las recomendaciones y principios inspiradores, dejándose un margen de apreciación demasiado amplio a los intérpretes (53). A su vez, como causas adicionales que explican las deficiencias, se ha apuntado al acogimiento de las recomendaciones y principios por los operadores de manera únicamente formal (54), o a la existencia de carencias y cierto grado de indefinición en la distribución de funciones y responsabilidades acerca del cumplimiento de las directrices establecidas (55).

Habida cuenta de estas contingencias, si se apostase por esta técnica intermedia entre la plena voluntariedad y la obligatoriedad, sería necesario partir de dos premisas. En primer lugar, la esencialidad de establecer recomendaciones claras que no alberguen márgenes excesivos para la ambigüedad y la interpretación, sin perjuicio del grado de indeterminación propio del uso del lenguaje (56). En su caso, de aparecer indeterminaciones, podría recurrirse a la fijación de principios que sirvieran para reducir las distintas alternativas interpretativas presentes. En segundo término, ante la detección de incumplimientos en la obligación de motivar las desviaciones respecto de las recomendaciones, habrían de fijarse sanciones lo suficientemente onerosas

(52) En este sentido, puede estarse a lo recogido en el documento RISK METRICS GROUP (2009), donde se apuntaba que el 60 % de las explicaciones recogidas en casos de desviación son insuficientes por diversos motivos.

(53) A esta cuestión se refiere, por ejemplo, para el supuesto del sector financiero, COMISIÓN EUROPEA (2010a: 6).

(54) Esta limitada adhesión, carente de convicción, se ha puesto de manifiesto en el documento de CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015: 20).

(55) Según se afirma en COMISIÓN EUROPEA (2010a: 6).

(56) La «textura abierta» del lenguaje jurídico llevaría necesariamente al surgimiento de márgenes para los intérpretes, que aparecen como el peaje a abonar por recurrir al lenguaje como medio para la plasmación de las normas jurídicas, según se recuerda en la clásica obra de H. L. A. HART (1961: 124 a 135).

como para resultar disuasorias (57). Dichas sanciones no deberían castigar solamente las omisiones o los datos engañosos o erróneos, sino también el recurso a explicaciones genéricas o cláusulas de estilo.

V. CUANDO EL MERCADO NO SATISFACE DEBIDAMENTE LOS INTERESES PÚBLICOS: POSIBILIDADES PARA LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES

En caso de que la asunción voluntaria de criterios ambientales en la toma de decisiones empresarial resultase insuficiente —tanto en su faceta puramente libre como en la sometida a un control de racionalidad del incumplimiento— podría todavía acudirse a una herramienta adicional. Y es que, si la voluntariedad no se revelase apta, cabría recurrir a la fijación de obligaciones jurídicas en normas aprobadas al efecto (58).

Esta posibilidad, para respetar el pertinente juicio de constitucionalidad, debería instrumentarse exclusivamente como medida de «ultima ratio». De este modo, la técnica vinculante habría de reservarse para los supuestos en los que existan efectivamente unos intereses públicos que requieren de tutela, y para los que las medidas de ejecución voluntaria se revelen insuficientes o inadecuadas. Y ello a los efectos de cohesionar la protección del medio ambiente —y los bienes y derechos vinculados al medio ambiente saludable— con derechos como los de propiedad privada o libertad de empresa (59).

En este punto, debe recordarse que los derechos constitucionales relacionados con la toma de decisiones empresarial —propiedad privada y libertad de empresa— pese a tener garantizado su contenido esencial, cuentan con una protección minorada respecto de las eventuales intervenciones de los poderes

(57) Sobre este particular, en la actualidad, el artículo 540 del Real Decreto Legislativo 1/2010, regulador del informe de gobierno corporativo, se califica como norma de ordenación y disciplina del mercado de valores, de acuerdo con la Disposición adicional 7ª de la misma norma. Ello permite la supervisión e imposición de sanciones por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

(58) Acerca de la necesidad de adoptar un enfoque vinculante para la promoción de objetivos de sostenibilidad, en el particular ámbito de la contratación pública, se ha pronunciado J. M. GIMENO FELIU (2021), C. DE GUERRERO MANSO (2018: 148 a 151), o J. J. PERNAS GARCÍA (2021: 145 a 163).

(59) En este sentido la protección del medio ambiente, integrada en el artículo 45.1 de la Constitución Española, conectaría con muchos otros derechos como los de protección de la salud (43 CE), la vida o la integridad física y moral (art. 15 CE) o, incluso, la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). A este respecto, el carácter transversal de la protección del medio ambiente, y su protección a través de otros derechos, se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, por R. CANOSA USERA (2006: 203 a 2014); D. LOPERENA ROTA (1996: 48), o F. SIMÓN YARZA (2012: 173 a 177).

públicos (60). No es solamente que, dado su carácter no fundamental, queden excluidos del recurso de amparo (61), sino que, además, sus limitaciones no van a someterse a un test de proporcionalidad pleno (62).

Así, como es de sobra conocido, las eventuales restricciones a los derechos fundamentales —tanto administrativas como legislativas (63)— deberán respetar el test de proporcionalidad constitucional, estructurado en tres escalones sucesivos (64). A través de dicho test se determinará si las restricciones son aptas para satisfacer los fines públicos perseguidos, que no hay instrumentos igualmente aptos pero menos incisivos para alcanzar dichos fines, y que existe un adecuado equilibrio entre las ventajas y perjuicios para los bienes o derechos en conflicto. Por el contrario, la doctrina constitucional ha configurado un control menos riguroso para las limitaciones de los derechos de contenido patrimonial, como la libertad de empresa y la propiedad privada. En estas situaciones, la técnica de control de las restricciones se identifica con un canon de razonabilidad o justo equilibrio, en el que se analizará que exista una relación razonable entre las restricciones empleadas y la finalidad pretendida, así como el respeto del contenido esencial del derecho afectado (65).

(60) De acuerdo con el artículo 53.1 de la Constitución Española.

(61) Así, los artículos 53.2 de la Constitución Española y 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

(62) El test de proporcionalidad completo se limita a los derechos fundamentales, de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 112/2021, de 13 de mayo, FJº 6º; nº 172/2020, de 19 de noviembre, FJº 4º; nº 125/2016, de 15 de diciembre, FJº 8º.

(63) El referido test de proporcionalidad constitucional se ha empleado tanto en sede de recursos de amparo como en procedimientos dedicados al control de la constitucionalidad de leyes, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 112/2021, de 13 de mayo, FJº 6º.

(64) El conocido como test de proporcionalidad constitucional ha tenido una aceptación generalizada en nuestra doctrina constitucional, en lo que se refiere a la tutela de los derechos fundamentales, siendo muestra de ello distintas resoluciones como las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 66/1995, de 8 de mayo, FJº 5º; nº 55/1996, de 28 de marzo, FFJJº 7º a 9º; nº 270/1996, de 16 de diciembre, FJº 4º o nº 186/2000, de 10 de julio, FJº 6º. Por todas ellas se cita el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/2003, de 28 de enero, FJº 9, donde se dispone que: *«Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»*.

(65) En este sentido, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional, nº 111/2021, de 13 de mayo, FJº 6º; nº 111/2017, de 5 de octubre FJº 4º, o nº 16/2018, de 22 de febrero, FJº 17º, partiendo de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de febrero de 1986, caso James y otros contra Reino Unido (recurso nº 8793/79), numeral 50.

Por tanto, se viene a reconocer a los poderes públicos un margen de apreciación más amplio sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus intervenciones, bastando con que las medidas adoptadas respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo, sean idóneas o adecuadas para alcanzarlo y no supongan una desnaturalización o impedimento práctico del ejercicio de los derechos limitados (66). Ello, sin que sea preciso descartar la existencia de alternativas que pudieran adaptarse de mejor manera a los intereses implicados, pues dichas cuestiones se relacionan con una legítima opción política y no con la jurisdicción constitucional (67).

De este modo, si se optase por fijar medidas ambientales que afecten a la toma de decisiones empresarial, en primer lugar, las mismas habrían de responder a la satisfacción de un objetivo constitucionalmente legítimo, como podría ser perfectamente la defensa y restauración del medio ambiente o la utilización racional de los recursos naturales (68). Esta protección del medio

Por su parte, en relación con los derechos de propiedad y libertad de empresa reconocidos en los artículos 16 y 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se toleran las restricciones que respondan a la consecución de objetivos de interés general y no supongan una intervención desmesurada que afecte a la esencia de los derechos, según se desprende del artículo 52 de la Carta y de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2022, *Sātiņi-S SIA* (asunto C-234/20), apartado 63, o de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising y otros/Comisión y BCE* (asuntos C8/15 P a C10/15 P), apartado 70.

(66) Se refieren a esta mayor amplitud del margen de apreciación las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 111/2017, de 5 de octubre, FJº 4º.b), o nº 16/2018, de 22 de febrero, FJº 17º. En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de febrero de 1986 (recurso nº 8793/79), numeral 46; de 23 de noviembre de 2000, caso *Rey de Grecia y otros contra Grecia* (recurso nº 25701/94), numeral 87, o de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia* (recurso nº 31443/96), numeral 149.

(67) Se viene a descartar la aplicación del canon de proporcionalidad en sentido estricto, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 112/2021, de 13 de mayo de 2021, FJº 8º.

(68) De acuerdo con los artículos 45.1 y 45.2 de la Constitución Española. De hecho, la defensa y restauración del medio ambiente se consideran expresamente objetivos constitucionalmente legítimos para limitar la libertad de empresa y la propiedad privada en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 112/2021, de 13 de mayo, FJº 8º.

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho de la Unión, la protección del medio ambiente también aparece como justificación para las restricciones al derecho de propiedad contenido en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según se recoge en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2022, *Sātiņi-S SIA* (asunto C-234/20), apartado 64, o de 15 de enero de 2013, *Križan y otros* (asunto C416/10), apartado 114.

En cualquier caso, es probable que el Estado se vea en el futuro impelido a abordar medidas que aseguren estos objetivos, tanto por la asunción de compromisos internacionales, como por la eventual existencia de procesos judiciales en los que organizaciones ecologistas litigan contra la Administración por su inacción ante el cambio climático. Muestra de ello

ambiente, por otra parte, conectaría también con la necesidad de orientar la toma de decisiones económica al largo plazo, integrando el impacto de las actuaciones en el entorno y asumiendo que no hay rentabilidad futura posible si se consolida un caos climático o de recursos (69). La evitación de políticas empresariales cortoplacistas, a su vez, se relaciona con otros objetivos o herramientas constitucionales como serían un progreso económico más sólido (70), la modernización del sector productivo (71), una mayor estabilidad económica (72) o la eventual planificación (73).

En segundo término, habría de probarse una relación causa-efecto entre las restricciones impuestas y el objetivo pretendido, de modo que las medidas —al menos en abstracto— sean idóneas o adecuadas para lograr dicho objetivo. Así, las limitaciones medioambientales se entenderían adecuadas si las mismas pueden tener un efecto positivo, siquiera potencial, en la consecución de los objetivos ambientales o económicos que se hayan fijado. Se trata, con

es la demanda interpuesta ante el Tribunal Supremo por Greenpeace España, Ecologistas en acción-CODA y Oxfam Intermón, admitida a trámite en octubre de 2020, o las acciones similares emprendidas en otros países, como Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda o Alemania.

(69) Este enfoque, que tiene presente la existencia de un impacto a largo plazo de los factores medioambientales en las actividades económicas, se pone de manifiesto, por ejemplo, en la realización de pruebas de resistencia o «test de estrés» ambientales sobre las entidades de crédito. Estas pruebas pretenden determinar la resistencia de la banca ante determinadas situaciones de tensión, de modo que enfrentan a las entidades de crédito a diversos escenarios hipotéticos, más o menos favorables, para observar la influencia de los mismos en determinadas variables fundamentales.

El interés de la aplicación de estas pruebas de resistencia con base en consideraciones ambientales se ha defendido por diversos autores, como M. J. NIETO (2017: 10); D. SCHOENMAKER y R. VAN TILBURG (2016: 25), o E. SLAVKA (2021: 4). Siguiendo estas consideraciones, finalmente, el Banco Central Europeo ha llevado a cabo las primeras pruebas de resistencia para examinar la resiliencia del sector financiero al cambio climático. En el caso español, se ha apreciado como las entidades de crédito españolas cuentan con una exposición moderada a los riesgos del proceso de transición energética, de acuerdo con las pruebas realizadas por el Banco de España, para cuyo análisis se recomienda la consulta de A. FERRER, J. GARCÍA VILLASUR, N. LAVÍN, I. PABLOS NUEVO y C. PÉREZ MONTES (2021).

Por otra parte, la posibilidad de realizar pruebas de resistencia por parte de los supervisores bancarios cuenta con una habilitación normativa expresa, contenida para el Banco Central Europeo en el artículo 4.1.f) del Reglamento (UE) n° 1024/2013, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, o para el Banco de España en el artículo 55.5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

(70) Artículo 40.1 de la Constitución Española.

(71) Artículo 130.1 de la Constitución Española.

(72) Artículo 40.1 de la Constitución Española.

(73) Artículos 38 y 131 de la Constitución Española.

ello, de asegurar que se evitan sacrificios injustificados o innecesarios en otros bienes o derechos.

Por último, habrá de asegurarse el respeto del contenido esencial de los derechos implicados. En el caso de la libertad de empresa, este contenido esencial implica, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial en libre competencia (74). En este sentido, ha de recordarse que la libertad de empresa no alcanza el derecho a ejercer cualquier actividad económica sin traba de ninguna clase, sino que se refiere a la libertad de iniciar o desarrollar una determinada actividad empresarial con sujeción a la normativa que ordene el mercado considerado y la economía general (75). De hecho, entre las reglas que ordenan el mercado y la economía es habitual que se encuentren disposiciones de tutela y preservación del medio ambiente, que habrá de respetar cualquier empresario que pretenda participar en la actividad (76).

Con los anteriores mimbres, la introducción vinculante de criterios medioambientales en la toma de decisiones empresarial no habría de presentar, en principio, reparos de constitucionalidad, siempre y cuando se demuestre que con ello se está favoreciendo, efectivamente, la protección del medio ambiente o de otros objetivos conectados con el mismo. Aquí sería fundamental el recurso a análisis y estudios económicos, jurídicos o ambientales en los que se pusiera de manifiesto que las limitaciones permiten mejoras no meramente hipotéticas en las finalidades pretendidas. De este modo, si de los referidos análisis se dedujese que la actividad intervenida tiene un muy escaso impacto medioambiental o que la medida adoptada cuenta con una reducida utilidad para lograr el objetivo buscado, resultaría más difícil justificar el menoscabo en la libertad de empresa.

En cualquier caso, conocidos los anteriores condicionantes, podrían adoptarse dos perspectivas de intervención distintas para la integración vinculante de criterios medioambientales en la toma de decisiones empresarial, siendo las mismas totalmente diferentes. Es posible escoger un enfoque material —que atiende directamente al contenido y sentido de las decisiones empresariales— o bien puede optarse por un enfoque procedimental —que ponga el acento en la configuración de los procesos mediante los que se toman las referidas

(74) Sobre el contenido del derecho de libertad de empresa y sus distintas facetas, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 37/1981, de 16 de noviembre, FJº 2º; nº 135/1992, de 5 de octubre, FJº 8º; nº 225/1993, de 8 de julio, FJº 5º, o nº 135/2012, de 19 de junio, FJº 5º.

(75) Se refieren al alcance de la libertad de empresa las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 35/2016, de 3 de marzo, FJº 3º o nº 112/2021, de 13 de mayo, FJº 8º.

(76) De acuerdo con las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 227/1993, de 9 de julio, FJº 4º.e o nº 112/2021, de 13 de mayo, FJº 8º.

decisiones corporativas. Ambos modelos podrían resultar, en abstracto, igualmente válidos, pero se observa como el enfoque procedimental presenta un grado de interferencia menor en la esfera de los derechos de los operadores en el mercado.

Así, mientras que el enfoque material condiciona de forma directa la libertad de decisión de una compañía, al imponer un resultado determinado, la perspectiva procedimental incide solamente de forma indirecta en dicha libertad decisoria, ya que se basa en la configuración de estructuras y procedimientos de decisión que ayuden a orientar en un determinado sentido la voluntad empresarial (77). Este último enfoque se basa en considerar que la introducción de planteamientos medioambientales en la estructura organizativa y procedimientos decisorios de las sociedades, así como la mayor sensibilidad medioambiental de los directivos, harían permeable lo medioambiental en las decisiones adoptadas. En definitiva, se vendría a adaptar el gobierno corporativo de las empresas a las exigencias derivadas de la protección del medio ambiente.

A partir de las anteriores reflexiones, para lograr un modelo medido que cohesione la intervención pública con la autonomía empresarial, parece que habría de seguirse una senda mixta. De este modo, en los sectores o ámbitos de interés medioambiental donde la gestión ordinaria asegure decisiones adecuadas —desde el punto de vista del interés público— no sería necesaria la intervención pública, o bastaría con el refuerzo de las técnicas voluntarias a través del incremento de la información y la transparencia o con el recurso al «*comply or explain*». Por el contrario, si la voluntariedad no satisficiera los objetivos medioambientales que se hayan marcado, se podría justificar el recurso a herramientas vinculantes. En el marco de estas figuras vinculantes, en primer lugar, debería valorarse la implementación de técnicas procedimentales —menos incisivas— para, en último término, pasar a herramientas de condicionamiento material de las decisiones empresariales.

Esta mecánica por etapas serviría para cumplir varios objetivos. Por una parte, se consigue la mínima intromisión necesaria en derechos como la libertad de empresa o la propiedad privada, evitando soluciones que puedan restringir al dinamismo económico. A su vez, se evita la generación de relevantes costes económicos para los operadores, derivados de las gestiones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Por último, se facilita una mejor y menos brusca adaptación de los distintos sectores económicos a la necesidad de respetar el medio ambiente pues, antes de llegar a la exigencia de resultados, se transitan escenarios intermedios, lo que permite que la cultura ambiental vaya permeando paulatinamente en los gestores empresariales.

(77) Acerca de la menor interferencia en la libertad empresarial del enfoque indirecto, puede consultarse G. PSAROUDAKIS (2015: 184 y 185).

VI. ÁREAS DEL GOBIERNO CORPORATIVO DONDE INTRODUCIR CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES DE FORMA OBLIGATORIA

A falta de la asunción voluntaria de criterios ambientales por parte de los operadores económicos, como hemos anticipado, cabrían distintos enfoques posibles para asegurar su penetración en la estructura y procedimientos de gobierno interno. A este respecto, a continuación, se analizarán algunas de las áreas del gobierno corporativo donde pudieran implementarse medidas tendentes a asegurar la ponderación de este tipo de consideraciones.

En este sentido, con carácter general, se abogará por la incorporación de criterios medioambientales desde una perspectiva procedimental, tratando de condicionar la toma de decisiones sin predeterminedar el contenido de las decisiones empresariales. Sin embargo, también se incluirán algunas reflexiones sobre la fijación de patrones de conducta vinculantes.

A la hora de abordar las diferentes medidas que inciden sobre el gobierno de los operadores económicos, se pondrá especial acento en el papel de las entidades que actúan en los mercados financieros —y más concretamente de la banca— pues en sede de estos sujetos se ha experimentado tradicionalmente un mayor condicionamiento del gobierno corporativo y de la libertad de autoorganización (78).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las propuestas planteadas lo son a título enunciativo, cabiendo muchas otras, y que las mismas únicamente habrían de emplearse ante el fracaso de otras medidas de naturaleza voluntaria. A su vez, dichas medidas no han de alcanzar necesariamente a cualquier operador económico. Al contrario, atendiendo a la debida proporcionalidad, afectarían únicamente a aquellos empresarios cuya operativa tenga un impacto sensible en el medio ambiente y cuyas dimensiones permitan la asunción de unas cargas que pueden resultar singularmente onerosas.

(78) Como en otros ámbitos, la mayor intensidad vigente para la intervención sobre el sector financiero lleva a introducir novedades regulatorias que, posteriormente, pueden tener traslación a áreas diferentes. En este sentido, son muy notables las últimas medidas que se han adoptado para condicionar el gobierno corporativo de la banca.

En cualquier caso, en la parcela medioambiental, el singular papel de los operadores financieros y de la banca en la asunción de criterios vinculados con el medio ambiente puede apreciarse en A. COLETON, M. FONT BRUCART, P. GUTIÉRREZ, F. LE TENNIER y C. MOOR (2020: 15 a 23); J. M. MARQUÉS SEVILLANO y L. ROMO GONZÁLEZ (2018: 126 a 129) o la obra colectiva dirigida por LÓPEZ JIMÉNEZ, José María y ZAMARRIEGO MUÑOZ, Arturo (2021). En particular, en relación con la gestión de riesgos, los documentos AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (2019: 16) y ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2018: 35 a 46).

En esta materia, además, se esperan relevantes novedades, derivadas de la Propuesta de modificación del Reglamento (UE) n° 575/2013, que actualmente se encuentra en trámite parlamentario y que pretende imponer a las entidades financieras diversas obligaciones de identificación y divulgación de riesgos relacionados con la sostenibilidad.

1. La creación de comités o comisiones especializadas

En primer lugar, desde una perspectiva procedimental, cabría imponer a los operadores económicos la ponderación de factores medioambientales en su actividad a través de la creación de órganos específicos al efecto.

De este modo, podrían establecerse comités o comisiones especializadas en las que se valorase el impacto de la toma de decisiones empresarial en el medio ambiente, a fin de contar con suficiente información interna acerca de la incidencia ambiental de la actividad, los riesgos que se pudieran asumir o la existencia de eventuales alternativas menos onerosas (79).

Igualmente, estos órganos, habida cuenta de su especialización, podrían elaborar análisis de escenarios en los que determinasen el impacto de la evolución de distintas variables medioambientales en el negocio, los riesgos y los resultados (80). Y ello, a fin de permitir la anticipación de las contingencias que pudieran producirse y de adoptar las consiguientes medidas de protección.

Las funciones de este tipo de órganos serían de carácter consultivo, de modo que los mismos emitirían informes en caso de decisiones de singular calado o con impacto en la estrategia a largo plazo de la entidad. Informes, estos, que no tendrían naturaleza vinculante, pero que serían de utilidad a quien ha de tomar finalmente las decisiones, al brindarle información completa sobre la situación, el impacto de las medidas y las posibles alternativas.

Los comités ambientales habrían de contar con una composición plural, integrándose por representantes de las distintas líneas de negocio y áreas funcionales, de modo que se asegure una perspectiva global y ponderada del impacto de los factores medioambientales en la actividad empresarial. Junto con estos sujetos, habrían de participar profesionales especializados en materias vinculadas al medio ambiente, que permitan apreciar correctamente los riesgos o impactos medioambientales de las distintas propuestas sometidas a análisis del órgano.

En cuanto a su posición jerárquica dentro de la organización, debe asegurarse que los comités cuentan con la autoridad suficiente para poder transmitir información directamente al órgano de administración, en caso de que se detectasen realidades de singular relevancia que justifiquen el conocimiento por parte de dicho órgano.

(79) Sobre estas consideraciones, puede consultarse S. GONZÁLEZ SÁNCHEZ (2021). A su vez, la oportunidad de estas estructuras en el ámbito financiero —y la existencia de algunos ejemplos en la materia— se señala por BANCO CENTRAL EUROPEO (2020: 21 a 23).

(80) Al margen de los test de estrés a los que se ha aludido previamente —llevados a cabo por autoridades públicas— se aprecia como este tipo de análisis de escenarios medioambientales se realizan, de forma habitual, por diversas entidades de crédito, de acuerdo con el estudio de A. COLETON; M. FONT BRUCART; P. GUTIERREZ; F. LE TENNIER y C. MOOR (2020: 22 y 23).

En cualquier caso, la creación de este tipo comités puede suponer costes relevantes, por lo que, para respetar el principio de proporcionalidad, habrían de condicionarse y adaptarse en función del tamaño y estructura de las entidades o de la naturaleza, complejidad e impacto medioambiental de sus operaciones (81).

Como alternativa menos onerosa, podrían sustituirse estos órganos centralizados por informes elaborados en sede de las diferentes áreas funcionales del operador, confeccionados en el marco de sus actividades y competencias ordinarias. Esta opción, sin embargo, supone perder una ventaja esencial, como es la visión de conjunto derivada de la puesta en común de las inquietudes de diferentes ámbitos de la empresa.

En último término, debe tenerse en cuenta que la habilitación de comisiones o comités no supone una novedad radical, ni mucho menos. Así, la misma se encuentra prevista en relación con las sociedades cotizadas o emisoras de valores negociados en mercados secundarios oficiales quienes, a fin de apoyar al órgano de administración, habrán de habilitar en su seno un comité de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones (82). A las anteriores, en el caso de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, se suma también un comité de riesgos en el que, quizás, podría integrarse el análisis del impacto de los factores medioambientales en los riesgos empresariales (83).

2. La integración de perfiles con conocimientos ambientales en el órgano de administración y otros puestos clave

En segundo término, en relación con la estructura organizativa de los operadores económicos, podría pensarse en introducir perfiles con conocimientos en materia de medio ambiente tanto en el órgano de administración como en otros puestos clave de la organización.

Con ello, por una parte, se aseguraría la toma en consideración de factores y criterios medioambientales en la adopción de decisiones de la entidad,

(81) La necesidad de atender a la proporcionalidad a la hora de configurar estructuras de este tipo se refiere por J. HERRERO GARCÍA (2015: 64), o F. URÍA (2016: 249).

(82) Sobre este particular pueden consultarse los artículos 529terdecies a 529 quincecies, así como la Disposición Adicional 9.ª del Real Decreto Legislativo 1/2010.

(83) Comité de riesgos, este, que para el caso de las entidades de crédito se prevé en los artículos 38.2 de la Ley 10/2014 y 42 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. En cuanto a las empresas de servicios de inversión, el mismo se exige también en los artículos 192bis del Real Decreto Legislativo 4/2015 y 31 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

al encontrarse representadas las sensibilidades ambientales en las más altas esferas jerárquicas. Además, en el particular caso del órgano de administración, la introducción de un mayor grado de diversidad entre los conocimientos de sus integrantes ayudaría a combatir el nocivo fenómeno del pensamiento grupal (84).

Pensamiento grupal, este, que se ha observado en grupos cuyos miembros adecúan, consciente o inconscientemente, su opinión personal con el que identifican como consenso del grupo, minimizándose las disidencias o pensamientos alternativos. En particular, se entiende que este fenómeno estuvo presente en los órganos de administración de la banca —compuestos por sujetos altamente homogéneos en múltiples características— lo que dificultó el cuestionamiento crítico de las posiciones mayoritarias y facilitó la adopción excesiva de riesgos, precipitando el colapso de algunas entidades (85).

Esta realidad ha llevado al legislador a fomentar la diversidad en los órganos de administración de distintos operadores —como las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión o las sociedades cotizadas— confiando en que la pluralidad permitirá controlar más eficazmente la gestión empresarial (86). A este respecto se han considerado muy distintas variables, tales como sexo, edad, procedencia geográfica, formación o experiencia profesional (87). En este sentido, a la hora de evaluar a los potenciales miembros del consejo de administración, podría ponderarse también el impacto en la diversidad derivado de sus conocimientos y experiencia en materia de medio ambiente (88).

(84) El pensamiento grupal —o «groupthink»— es un concepto profundamente explorado desde diversos ámbitos de conocimiento, que fue desarrollado originalmente por el psicólogo I. L. JANIS (1972).

(85) El impacto de este fenómeno en la mala gestión de la banca se ha subrayado en el considerando nº 60 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, o en el documento COMISIÓN EUROPEA (2010b: 8).

(86) En este sentido, la búsqueda de la diversidad se encuentra presente, para las sociedades cotizadas, en el artículo 529bis.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010; en relación con las entidades de crédito, en los artículos 24.1 de la Ley 10/2014 o 42.1.b) del Real Decreto 84/2015, y en lo que se refiere a las empresas de servicios de inversión en los artículos 184 y 185.4 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Esta utilidad de introducir mayores niveles de diversidad en los órganos de administración deriva de las ideas plasmadas en COMISIÓN EUROPEA (2011b: 6 a 8). En particular, por lo que se refiere a la diversidad de género, sus ventajas y justificación, se recomienda la consulta de R. PALÁ LAGUNA (2021).

(87) Para aproximarse al efectivo impacto de la diversidad —en sus distintas perspectivas— sobre unos concretos operadores, como son las entidades de crédito, pueden consultarse los datos recogidos en el documento AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (2020).

(88) En relación con estas cuestiones, se ha encontrado evidencia del impacto positivo de la independencia y la diversidad de género de los miembros del órgano de administración

En cualquier caso, la integración generalizada de perfiles profesionales con bagaje en la parcela medioambiental, pese a sus potenciales efectos benéficos, chocaría con ciertos límites.

Por una parte, se plantearían dudas en relación con la forma de acreditar las habilidades y conocimientos alegados, pues las titulaciones o formaciones especializadas son reducidas y no suelen vincularse con un concreto sector productivo. Igualmente, los puestos de trabajo en los que puede adquirirse experiencia no son excesivamente numerosos y tampoco existe actualmente un gran volumen de profesionales especializados que pudiesen cubrir una demanda empresarial generalizada.

Habida cuenta de estas circunstancias, de forma coyuntural, mientras no proliferasen los itinerarios formativos y profesionales que aseguren una oferta de expertos en materia medioambiental, podría adoptarse un enfoque pragmático. Así, a la hora de seleccionar a miembros del órgano de administración o titulares de otros puestos clave de la organización, podría ponderarse la adquisición de competencias medioambientales específicas, pero también la no concurrencia de circunstancias impeditivas que conectasen con previas conductas dañosas para el medio ambiente. Como ejemplo de este enfoque aparecería la penalización de aquellos sujetos que hubiesen sido condenados o sancionados por cometer delitos o infracciones administrativas contra el medio ambiente u otros bienes jurídicos conexos con este.

Por otro lado, existen todavía ciertas dudas acerca de la utilidad de introducir perfiles medioambientales —de manera generalizada— en diferentes áreas de la gestión empresarial. Y es que, pese a que el medio ambiente requiere de un enfoque transversal, no existe una evidencia empírica fuerte de que la diversidad mejore —por sí sola— el desempeño de toda entidad (89). En este sentido, habría de profundizarse en la investigación económica, a fin de generar mayor certidumbre científica sobre la cuestión.

La diversidad debe ser entendida como un medio o herramienta para alcanzar un determinado fin —en este caso la toma de decisiones considerando criterios ambientales— no como una meta en sí misma. Por tanto, no habría de procederse a la contratación de perfiles profesionales concretos con el único

en la asunción de políticas de sostenibilidad por las compañías, así como en la difusión de información sobre dicha materia. Y ello de acuerdo, por ejemplo, con los estudios de I. MARTÍNEZ GARCÍA y S. GÓMEZ ANSÓN (2021: 114 y 115), sobre 132 firmas cotizadas españolas, de S. PIZZI; F. ROSATI y F. VENTURELLI (2021: 416), sobre 153 sociedades italianas, de J. MARTÍNEZ FERRERO y E. GARCÍA MECA (2020: 1196), sobre 365 compañías cotizadas europeas, o de F. ROSATI y L. G. D. FARIA (2019: 595), en relación con 408 compañías cotizadas de todo el globo.

(89) Sobre este particular, indicando que no existe evidencia de que la diversidad sea universalmente positiva para el desempeño de toda entidad, el estudio empírico de L. ENRIQUES y D. ZETZSCHE (2015: 241), o C. ALONSO LEDESMA (2017: 22).

propósito de incrementar la diversidad, si ello no redundase en la mejora del gobierno corporativo (90).

De este modo, la imposición de exigencias universales y destinadas a todo tipo de entidad podría resultar inadecuada en su aplicación al caso concreto. Es por ello que el eventual reclutamiento de profesionales con perfil medioambiental habría de orientarse a sectores económicos determinados y puestos de responsabilidad concretos. Así, la medida encontraría mayor grado de justificación si se circunscribiese a áreas donde se demuestre que la introducción de factores medioambientales puede conducir, efectivamente, a decisiones alineadas con la protección del medio ambiente y que cuentan con un impacto significativo.

3. La introducción en la empresa de otros puntos de vista: participación de terceros

La introducción de consideraciones ambientales en la toma de decisiones empresarial podría provenir también de la participación de terceros, quienes aportarían sus puntos de vista, a fin de enriquecer la información que pueden considerar los órganos decisores.

De este modo, cabría que distintos sujetos vinculados con la protección del medio ambiente pudieran expresar su parecer, a través de procedimientos formalizados, para que se pongan de manifiesto intereses distintos a los de los accionistas o directivos. No aludo, con ello, al relevante papel que las auditoras ambientales pudiesen desempeñar para verificar los sistemas de gestión medioambiental que se hubieran implantado. Me refiero, por ejemplo, a la eventual participación de la sociedad civil —quizás representada a través de organizaciones de defensa del medio ambiente y el desarrollo sostenible— en los procesos de configuración de la voluntad de las empresas.

Esta colaboración o participación, por supuesto, no supondría una sustitución de la capacidad y poder de decisión, que deben recaer en los respectivos órganos societarios. Al contrario, la misma abarcaría únicamente a la introducción de medidas que permitieran conocer y considerar intereses vinculados al medio ambiente. En este sentido, la participación podría ir desde la mera formulación de recomendaciones orientadas a mejorar el respeto del medio ambiente,

(90) A este respecto, en materia de gobierno corporativo de las entidades financieras, se establece que: «Las entidades no contratarán a miembros del órgano de administración con el único propósito de aumentar la diversidad en detrimento del funcionamiento y la idoneidad del órgano de administración en su conjunto, o a expensas de la idoneidad de los miembros del órgano de administración a título individual», de acuerdo con las Directrices contenidas en AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA y AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS (2017: 38).

hasta la asistencia sin voto a las sesiones del órgano de administración, pasando por la emisión de informes en relación con ciertas decisiones empresariales.

Esta colaboración de terceros en los procesos de toma de decisiones empresarial exigiría, a fin de resultar útil, que los participantes dispusiesen de la necesaria información, de modo que los informes, recomendaciones u opiniones vertidas se acomodasen a la real situación del operador económico implicado. Sin embargo, ello plantea no pocas dudas desde el punto de vista de la protección de la información sensible y los secretos empresariales, lo que aconsejaría un previo control de la información suministrada y la suscripción de acuerdos de confidencialidad al efecto.

En cualquier caso, téngase en cuenta que esta participación de terceros no supondría una novedad radical en el marco de gobierno interno de las empresas europeas pues, aunque en nuestro país ello no esté previsto, en otros Estados miembros se dispone, por ejemplo, la participación de representantes de los trabajadores en las sesiones del órgano de administración (91).

De igual manera, el *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas* contiene una referencia —aunque un tanto genérica— a estas cuestiones. Así, se dispone que la política de sostenibilidad medioambiental de las entidades habría de incluir, al menos, los canales de comunicaciones, participación y diálogo con los grupos de interés que se identifiquen (92).

4. La sostenibilidad ambiental y las retribuciones

Otro de los ámbitos donde pueden tener impacto las consideraciones medioambientales es el de las remuneraciones del personal con mayor capacidad de asumir riesgos. En este sentido, existe cierto consenso en considerar que las retribuciones de los administradores y otros directivos han de orientarse hacia la consecución de rentabilidad y resultados a largo plazo, evitando soluciones cortoplacistas y la asunción excesiva de riesgos (93).

(91) Pese a que esta herramienta se encuentra inexplorada en el ámbito español, la misma cuenta con profundo arraigo en países como Austria o Alemania. Por ejemplo, en el caso alemán, la Ley de Cogestión de los Trabajadores («Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer»), de 4 de mayo de 1976, impone la presencia de representantes de los trabajadores —que puede llegar a ser incluso paritaria— en los órganos de supervisión de ciertas empresas.

(92) Así, la Recomendación nº 55 *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*.

(93) La necesidad de orientar las remuneraciones al largo plazo se señala, entre otros, por HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS (2002: 64 a 67); COMISIÓN EUROPEA (2010b: 9 y 20), o por la Recomendación de la Comisión Europea que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa, de 30 de abril de 2009.

Sin perjuicio de que en ciertas ocasiones se hayan establecido límites regulatorios directos a las retribuciones que pueden percibirse —circunstancia que plantea distintos problemas— la orientación general ha pasado por encomendar la fijación de políticas de remuneraciones a las propias entidades (94). Así, las sociedades cotizadas y distintos participantes en el sector financiero deben elaborar políticas de remuneraciones, que sirven de soporte para los distintos contratos que se puedan concluir (95). En dichas políticas se fijan los criterios para acompañar las retribuciones percibidas por el personal con la gestión adecuada y eficaz de los riesgos, así como con la estrategia y objetivos de la compañía.

En las referidas políticas de remuneraciones habrían de considerarse la totalidad de riesgos a los que se expone la entidad, y especialmente aquellos vinculados al largo plazo, entre los que se contienen los riesgos de sostenibilidad. Así, la referida política habría de evitar incentivos perversos que permitiesen la maximización de las retribuciones, a costa de una asunción excesiva de riesgos relacionados con factores medioambientales. Igualmente, podrían establecerse retribuciones específicas en función del efectivo cumplimiento de ciertos objetivos medioambientales por las compañías (96).

En esta línea, actualmente, se exige que los participantes en los mercados financieros, así como los asesores financieros, incluyan en sus políticas de remuneraciones cierta información sobre la coherencia de las mismas con los riesgos de sostenibilidad ambiental (97). De hecho, incluso se exige la

(94) El control directo de las retribuciones del personal, que actualmente se encuentra vigente en el caso de las entidades de crédito, podría causar distintos problemas, vinculados con la dificultad de captación de talento, la reducción de la flexibilidad, la adopción de conductas oportunistas, o la infracción de la libertad de empresa.

Sobre este particular, se ha criticado la extraordinaria intensidad del sistema de retribuciones de los directivos bancarios por parte de C. ALONSO LEDESMA (2016: 57); P. DE ANDRÉS ALONSO, R. REIG y E. VALLELADO GONZÁLEZ (2019: 15); J. ESTEBAN RÍOS (2021: 253 a 259); J. C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ (2018: 274 a 276); P. O. MÜLBERT y A. WILHELM (2015), o K. J. MURPHY (2013: 645).

(95) Así, por ejemplo, en lo que se refiere a las sociedades cotizadas, los artículos 529septdecies a 529novodecies del Real Decreto Legislativo 1/2010; por lo que respecta a las entidades de crédito, los artículos 32 a 35 de la Ley 10//2015, y en lo tocante a las empresas de servicios de inversión, los artículos 189 a 189ter del Real Decreto Legislativo 4/2015.

(96) En este sentido, de acuerdo con un estudio de ISS ESG (2021: 49 y 50), sobre una muestra de compañías de distintos sectores en países desarrollados, el porcentaje de empresas que incluyen —al menos— un objetivo social o medioambiental en su política de remuneraciones se situaba en 2020 en el 18,7 %, oscilando entre el 51 % de Francia, el 4,5 % de Dinamarca y el 48 % de España.

Igualmente, por lo que se refiere al sector bancario, se han identificado diversas prácticas relativas a esta integración de cuestiones medioambientales en las políticas de retribuciones, de acuerdo con BANCO CENTRAL EUROPEO (2022: 27 y 28).

(97) Sobre este particular se pronuncia el artículo 5 del Reglamento (UE) 2019/2088, que atiende a las especialidades vinculadas con los riesgos de sostenibilidad, remitiendo a la

publicación de esta información en los portales web de dichos sujetos, a fin de permitir el acceso por parte de cualquier interesado.

Al avanzarse en la preocupación por proteger el medio ambiente, cabría que las políticas de remuneraciones —y la integración en las mismas de consideraciones de sostenibilidad medioambiental— se extendiesen a otras compañías. Y ello, especialmente, en aquellos sectores que se consideren expuestos en mayor medida a los riesgos medioambientales.

En cuanto a la aprobación de estas políticas retributivas, desde un punto de vista puramente procedimental, lo habitual es que las mismas sean validadas por el órgano de administración o por la junta general de accionistas, previo informe de la comisión competente en materia de retribuciones que se hubiera habilitado (98). En este sentido, la junta general de accionistas aprobará la política retributiva de los administradores, a fin de evitar un claro conflicto de intereses, y el órgano de administración la política correspondiente a las remuneraciones del resto del personal objeto de control (99).

5. La obligación de ponderar criterios ambientales vinculados al interés público

Además de involucrar a distintos colectivos o perfiles en la toma de decisiones de las empresas, o de facilitar estructuras y procedimientos que permitan la toma en consideración de factores medioambientales, cabe todavía una herramienta adicional, que supondría un salto cualitativo en lo relativo a la regulación del gobierno corporativo.

Me refiero a la incorporación imperativa de los intereses públicos —relativos a la protección del medio ambiente— en la adopción de decisiones

legislación sectorial aplicable a cada clase de operador en cuanto a las cuestiones generales que rigen para las políticas de remuneraciones.

En este sentido, se solventan ciertas dudas, relativas a cómo ha de integrarse el riesgo de sostenibilidad en las políticas de remuneraciones de ciertas entidades, en el documento COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2021: 13 y 14).

(98) Las reglas generales para la aprobación de la política de remuneraciones se contienen en el artículo 529novodecies del Real Decreto Legislativo 1/2010, aplicable directamente a las sociedades cotizadas y de forma supletoria o por remisión a otras compañías obligadas a aprobar políticas de remuneraciones, como las entidades de crédito, ex artículo 33 de la Ley 10/2014, o las empresas de servicios de inversión, en virtud del artículo 189 del Real Decreto Legislativo 4/2015.

(99) Así, por ejemplo, la política de remuneraciones de las entidades de crédito se aprueba por la junta general de accionistas para el caso de los administradores, y por el órgano de administración para el resto de categorías del personal cuyas actividades inciden significativamente en el perfil de riesgo de la entidad, de acuerdo respectivamente con los artículos 32.2 y 32.3 de la Ley 10/2014.

de las empresas, de manera que se ponderen y valoren obligatoriamente factores medioambientales (100). En este sentido, se vendría a trasladar a los operadores económicos la responsabilidad de proteger intereses públicos conectados con la sostenibilidad y el medio ambiente, actuándose más allá del mero interés social.

De esta manera, los gestores habrían de tomar en consideración necesariamente intereses públicos, junto con el interés social, a la hora de definir los objetivos de las entidades y de llevarlos a término. Con ello, se adaptaría el gobierno corporativo para asegurar la toma de decisiones orientada a optimizar el bienestar de la comunidad, teniéndose en cuenta las externalidades negativas derivadas de la actividad, y evitándose una perspectiva basada en la exclusiva maximización del interés de los accionistas.

Esta posibilidad, particularmente exigente y gravosa para las compañías, no se ha implantado de forma generalizada, ni mucho menos. De hecho, únicamente he sido capaz de localizar un ejemplo de esta técnica, en el ámbito bancario, donde se establece que el comité de remuneraciones, en las decisiones que eleva a la dirección, habrá de tener en cuenta el interés público, además de los intereses de los accionistas (101).

Junto con el anterior, conviven otros supuestos intermedios en los que los empresarios deben valorar los intereses de ciertos colectivos, como los clientes o los inversores, pero no así unos intereses públicos cuya tutela asumen habitualmente las Administraciones públicas (102). En dichas situaciones, protegiendo a la clientela o a los inversores, se vela también por los intereses sociales —siquiera de forma indirecta— pues se evitan conflictos o se refuerza la reputación de la compañía. Por el contrario, la protección de intereses públicos trasciende la esfera de interés de la empresa y de sus accionistas, pues se satisfacen necesidades generales que no les competen individualmente.

De igual manera, este último enfoque resulta de difícil conciliación con los principios que inspiran la normativa societaria, pues la protección del medio ambiente no sería el fin perseguido por los socios fundadores de una

(100) La introducción de intereses públicos en la toma de decisiones de operadores privados se ha analizado, en sede de los operadores financieros, en el documento COMISIÓN EUROPEA (2010b: 14), o en P. O. MÜLBERT (2009: 434 y 435).

(101) Así, el artículo 39.3 del Real Decreto 84/2015, que traspone literalmente el artículo 95.2 de la Directiva 2013/36/UE, afirma que: «Al preparar las decisiones, el Comité de remuneraciones tendrá en cuenta los intereses a largo plazo de los accionistas, los inversores y otras partes interesadas en la entidad, así como el interés público».

(102) En este sentido, puede destacarse, por ejemplo, el deber de las empresas de servicios de inversión de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, y «en el mejor interés de sus clientes», de acuerdo con el artículo 208 del Real Decreto Legislativo 4/2015.

determinada compañía (103). Aunque el concepto de interés social pudiese ampliarse, para integrar los intereses de los accionistas, inversores y otros grupos, la protección de los intereses públicos seguiría resultando completamente ajena al mismo (104).

Sea como fuere, de establecerse este tipo de obligaciones, si las decisiones empresariales no hubiesen ponderado de forma debida los intereses públicos en conflicto, se habría de aplicar el régimen de impugnación de acuerdos sociales, por ser los mismos contrarios a la ley (105). Igualmente, la impugnación de los acuerdos podría coexistir con la eventual imposición de sanciones administrativas, en caso de que el incumplimiento de la obligación de valorar los intereses públicos se tipificase como infracción.

Pese a lo anterior, lo cierto es que resultaría especialmente complejo discernir si se ha dado recto cumplimiento al mandato impuesto, excepto en situaciones donde se aniquilen o soslayen completamente unos intereses en favor de otros. A falta de una prelación de intereses recogida en la legislación, donde los mismos se ordenen en función de su importancia, habría de velarse por la concurrencia armónica de todos ellos.

En este punto, el uso de conceptos genéricos, con límites muy imprecisos, llevaría al surgimiento de relevantes espacios para la discreción de los operadores, quienes podrían dar prioridad a unos intereses sobre otros en el caso concreto, mediando la oportuna motivación. En consecuencia, el efectivo control de los propósitos normativos experimentaría serias dificultades, pues los juzgadores habrían de limitarse a valorar si se ha justificado la ponderación requerida, so riesgo de incurrir en interpretaciones que anulen los intereses privados en defensa del interés público.

En cualquier caso, a mi juicio, resulta censurable la introducción de obligaciones como la mencionada al menos por dos motivos. Por una parte, como se ha visto, las mismas casan mal con los principios inspiradores del ordenamiento societario, generando distorsiones y atribuyendo a operadores privados funciones que corresponden a los poderes públicos. Por otra parte, las

(103) La problemática que pudiera plantear la introducción de intereses públicos en relación con los planteamientos que rigen habitualmente en el derecho de sociedades se ha subrayado por C. ALONSO LEDESMA (2016: 51 y 52); J. C. GONZÁLEZ VÁZQUEZ (2018: 301) o P. O. MÜLBERT y A. WILHELM (2015: 184 a 187).

(104) Acerca de la ampliación del concepto de interés social puede estarse, por ejemplo, a la Recomendación nº 12 del *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, p. 25, donde se defiende que la continuidad y la maximización del valor económico de la empresa deben cohonestarse con otros intereses, como los de los empleados, proveedores, clientes o los de cualquier otro grupo de interés.

(105) Por lo que se refiere al régimen de impugnación de los acuerdos sociales, ha de estarse a los artículos 204 a 208 Real Decreto Legislativo 1/2010.

dificultades para la correcta ponderación de intereses generan incertidumbre en los operadores económicos, pudiendo desembocar en inmovilismo de los empresarios —quienes descartarían alternativas de negocio para no exponerse a los riesgos de error en el proceso de valoración— y en un incremento de procedimientos judiciales de resultado incierto. Habida cuenta de lo anterior, y a fin de promover la necesaria seguridad jurídica, este tipo de medidas habrían de evitarse o bien someterse a un elevado grado de concreción y detalle.

VII. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN

El auge de la preocupación por la protección del medio ambiente es indiscutible, siendo necesario que los operadores económicos contribuyan con su actuar a lograr las ambiciosas metas que las autoridades vienen fijando.

En este sentido, además de las eventuales prohibiciones u obligaciones de resultado que puedan establecerse en relación con sus operaciones, resulta esencial que las compañías integren en sus procesos de toma de decisiones y en sus estructuras de gobierno interno factores y criterios medioambientales. Y ello, a fin de lograr una penetración transversal de las preocupaciones medioambientales, que se traduzca en una operativa empresarial sostenible.

La integración de estos criterios ambientales, dentro del conjunto de variables que se manejan en la toma de decisiones empresarial, podría articularse a través de distintas vías.

Así, en primer término, cabría la asunción totalmente voluntaria por los empresarios, sin existir ninguna obligación jurídica o mecanismo de coerción al efecto. En estos casos, la ponderación de criterios medioambientales derivaría de la sensibilidad y comprensión por parte de los operadores de la necesidad de conservar el planeta, de la voluntad de mejorar la imagen y reputación de las compañías o de la eventual existencia de incentivos por parte del sector público.

Con el objetivo de fomentar esta integración voluntaria de consideraciones medioambientales, se considera fundamental el suministro de información suficiente a los consumidores e inversores, de modo que los mismos puedan discriminar a los operadores en función de su patrón de comportamiento ambiental. A este respecto, se han establecido diversas obligaciones de información, vehiculadas a través de diferentes soportes, que pretenden asegurar la regularidad, comparabilidad y veracidad de la información suministrada.

Esta primera orientación plenamente voluntaria se complementa con la posibilidad de recurrir a la técnica del «comply or explain», que combina el principio dispositivo con la necesidad de motivar la desviación respecto de los estándares o recomendaciones establecidos. Así, el cumplimiento voluntario se

complementa con una explicación razonada de los motivos que llevan al no seguimiento de las directrices existentes. Esta herramienta permite conjugar la necesaria flexibilidad de los operadores con un mayor grado de compromiso por parte de los mismos, concretado en el deber de transparencia asumido.

En cualquier caso, la voluntariedad en la integración de criterios medioambientales de actuación cuenta con evidentes limitaciones, pues se deja la efectiva adhesión a dichos estándares a la vocación transformadora de los empresarios o al efectivo control que pudieran ejercer los clientes e inversores. Ello puede desembocar en situaciones no satisfactorias, en las que se aprecien desviaciones generalizadas respecto de los parámetros ambientales considerados idóneos.

Para hacer frente a esta situación, si la asunción voluntaria de criterios ambientales en la toma de decisiones resultara insuficiente, podría todavía acudir a una herramienta adicional. Me refiero a la fijación de obligaciones jurídicas para los operadores económicos, quienes habrían de adaptar su gobierno corporativo para integrar consideraciones ambientales. Y ello, bien sea a través de un enfoque material —que atiende directamente al contenido y sentido de las decisiones empresariales— o bien mediante una aproximación procedimental —que ponga el acento en la configuración de los procesos de adopción de las referidas decisiones corporativas.

Desde este punto de vista existen diferentes áreas del gobierno interno que pueden verse afectadas por la introducción de obligaciones relativas a criterios ambientales como, por ejemplo, la creación de comités o comisiones especializadas, la integración en la empresa de perfiles con conocimientos en materia medioambiental, la participación de terceros ajenos a la compañía, la adaptación de las retribuciones a la sostenibilidad ambiental o la necesaria ponderación de factores ambientales vinculados al interés público.

Habida cuenta de las anteriores técnicas y alternativas, para lograr un modelo medurado que cohoneste la intervención pública con la autonomía empresarial, parece que habría de seguirse una senda mixta. De este modo, en los sectores o ámbitos de interés medioambiental donde la gestión ordinaria asegure decisiones adecuadas —desde el punto de vista del interés público— no sería necesaria la intervención administrativa, o bastaría con el refuerzo de las técnicas voluntarias a través del incremento de la información y la transparencia o con el recurso al «comply or explain».

Por el contrario, si la voluntariedad no satisficiera los objetivos medioambientales que se hayan marcado, se podría justificar el recurso a herramientas vinculantes. En el marco de estas figuras vinculantes, en primer lugar, debería valorarse la implementación de técnicas procedimentales —menos incisivas— para, en último término, pasar a herramientas de condicionamiento material de las decisiones empresariales.

Esta mecánica de actuación diferenciada por áreas serviría para cumplir varios objetivos. Por una parte, se consigue la mínima intromisión necesaria en derechos como la libertad de empresa o la propiedad privada, evitando soluciones que puedan restringir el dinamismo económico. A su vez, se evita la generación de relevantes costes económicos para los operadores, derivados de las gestiones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Por último, se facilita una mejor y menos brusca adaptación de los distintos sectores económicos a las necesidades del respeto al medio ambiente, pues antes de llegar a la exigencia de resultados se transitan escenarios intermedios, lo que permite que la cultura ambiental vaya permeando paulatinamente en los gestores empresariales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, George A. y SHILLER, Robert J. (2009): *Animal Spirits. How Human Psychology Drives the Economy, and why it Matters for Global Capitalism*, Princeton, Princeton University Press.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2016): «La reforma del gobierno corporativo de las entidades de crédito», *Revista de derecho bancario y bursátil*, 141, pp. 11-64.
- (2017): «Precisiones de la EBA en relación con determinados aspectos del gobierno corporativo de las entidades de crédito», *Revista de Estabilidad Financiera*, 33, pp. 9-34.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1995): *Principios constitucionales de la libertad de empresa, libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA (2019): *EBA action plan on sustainable finance*.
- (2020): *Report on the benchmarking of diversity practices*.
- AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA y AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS (2017): *Directrices sobre la evaluación de la idoneidad de los miembros del órgano de administración y los titulares de funciones clave*.
- AYALA BLANCA, Rocío (2016): «El informe anual de gobierno corporativo», en José María LÓPEZ JIMÉNEZ, *El Gobierno Corporativo de las Entidades Bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 265-305.
- BANCO CENTRAL EUROPEO (2020): *Guide on climate-related and environmental risks. Supervisory expectations relating to risk management and disclosure*.
- (2022): *Good practices for climate-related and environmental risk management: Observations from the 2022 thematic review*.

- BOLTON, Patrick; LI, Tao; RAVINA, Enrichetta y ROSENTHAL, Howard (2019): «Investor ideology», *Journal of Financial Economics*, 137(2), pp. 320-352.
- CANOSA USERA, Raúl (2006): «¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 7 (1), pp. 151-215.
- COLETON, Adrienne; FONT BRUCART, María; GUTIÉRREZ, Pilar; LE TENNIER, Fabien y MOOR, Christian (2020): «Sustainable finance market practices», *EBA Staff Paper Series*, 6, pp.1-47.
- COMISIÓN EUROPEA (2010a): *Libro Verde: El gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración*.
- (2010b): *Corporate Governance in Financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis, best practice*.
 - (2011a): *Comunicación: Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*.
 - (2011b): *Libro verde: la normativa de gobierno corporativo en la UE*.
 - (2022): *Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022*.
 - (2017): *Directrices sobre la presentación de informes no financieros: Metodología para la presentación de información no financiera*.
 - (2019a): *Comunicación: El Pacto Verde Europeo*.
 - (2019b): *Directrices sobre la presentación de informes no financieros: Suplemento sobre la información relacionada con el clima*.
 - (2021): *Comunicación Taxonomía de la UE, divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad, preferencias de sostenibilidad y obligaciones fiduciarias*.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2021): *Preguntas y respuestas sobre la normativa de sostenibilidad aplicable a los productos financieros: Reglamento 2019/2088 (SFDR) y reglamento 2020/852 (taxonomía)*.
- CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2015): *A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union*.
- DE ANDRÉS ALONSO, Pablo; REIG, Rodrigo y VALLELADO GONZÁLEZ, Eleuterio (2019): «European banks' executive remuneration under the new European Union regulation», *Journal of Economic Policy Reform*, 22 (3), pp. 1-18.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en esta REVISTA, Monografía 19, pp. 141-177.

- DYCK, Alexander; LINS, Karl. V.; ROTH, Lukas y WAGNER, Hannes F. (2019): «Do institutional investors drive corporate social responsibility? International evidence», *Journal of Financial Economics*, 131 (3), pp. 693-714.
- ECCLES, Robert. G. y KLIMENKO, Svetlana (2019): «The Investor revolution. Shareholders are getting serious about sustainability», *Harvard Business Review*, 97(3), pp. 106-116.
- ENRIQUES, Luca y ZETSCHE, Dirk (2015): «Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive», *Theoretical Inquiries in Law*, 16 (1), pp. 211-244.
- ENTIDADES FINANCIERAS DE LOS PRINCIPIOS DEL ECUADOR (2013): *Los Principios del Ecuador: una referencia del sector financiero para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de los proyectos*, EPFI.
- ESTEBAN RÍOS, Javier (2021): *La nueva supervisión del gobierno corporativo de la banca*, Cizur Menor, Aranzadi, 348 pp.
- FERRER, Alejandro; GARCÍA VILLASUR, Javier; LAVÍN, Nadia; PABLOS NUEVO, Irene y PÉREZ MONTES, Carlos (2021): «Un primer análisis de los riesgos de transición energética con el marco de pruebas de resistencia FLESB del Banco de España», *Revista de Estabilidad Financiera*, 41, pp. 21-45.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 848 pp.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (coord.), PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.) y ARTEAGABEITIA GÓMEZ, Idoia María (coord.) (2018): *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 1179 pp.
- GARRIDO GARCÍA, José María (2003): «El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 20, pp. 111-133.
- GIMENO FELIU, José María (1994): «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *Revista de Administración Pública*, 135, pp. 149-211.
- (2021): «Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública: de las ideas a la acción», en José ESTEVE PARDO (dir.), *La Agenda 2030: implicaciones y retos para las administraciones locales*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 67-100.
- GONDRA ROMERO, José María (2018): «100 Años de debate sobre el “gobierno corporativo”: La importancia del contexto», *Revista de Derecho de Sociedades*, 52, pp. 29-60.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara (2021): «La Comisión de Sostenibilidad del Consejo de Administración», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 64, pp. 205-238.

- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos (2018): «La regulación de la retribución en las entidades de crédito. Una solución desenfocada a un problema menor», en José Luis COLINO MEDIAYLLA y José Carlos GONZÁLEZ VÁZQUEZ (dirs.), *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria: gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Madrid, La Ley, pp. 243-322.
- HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS (2002): *Report on a modern regulatory framework for company law in Europe*.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1961): *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press.
- HAWN, Olha; CHATTERJI, Aaron K. y MITCHELL, Will (2017): «Do investors actually value sustainability? New evidence from investor reactions to the Dow Jones Sustainability Index», *Strategic Management Journal*, 39(4), pp. 949-976.
- HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón (2015): «La información societaria (I): el informe de gobierno corporativo (artículo 538 de la Ley de Sociedades de Capital)», en Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS (dir.), *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Pamplona, Aranzadi, pp. 905-950.
- HERRERO GARCÍA, Jaime (2015): «La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito», *Estabilidad Financiera*, 28, pp. 49-74.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago (2014): *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons.
- HOPT, Klaus J. (2015): «Corporate governance in Europe: a critical review of the European Commission's initiatives on corporate law and corporate governance», *Law Working Paper*, 296/2015, pp. 1-58.
- ISS ESG (2021): «Volatile Transitions: Navigating ESG in 2021», *ESG Themes & Trends Paper Series*, pp. 1-53.
- JANIS, Irving Lester (1972): *Victims of Groupthink: A psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, Boston, Houghton Mifflin.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949): «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, 48, pp. 41-54.
- KEYNES, John Maynard (1936): *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Londres, Macmillan and Co.
- LOPERENA ROTA, Demetrio (1996): *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas – IVAP.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María (dir.) y ZAMARRIEGO MUÑOZ, Arturo (dir.) (2021): *La Sostenibilidad y el nuevo marco institucional y regulatorio de las finanzas sostenibles*, Cizur Menor, Aranzadi.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María (2022): «La gestión de los intereses colectivos por las sociedades de capital: un análisis desde la perspectiva de la sostenibilidad», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 30.

- KRAMER, Mark R. y PORTER, Michael E. (2007): «Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility», *Harvard business review*, 84, pp. 78-92.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María (2016): «Consideraciones generales sobre el gobierno corporativo de las entidades bancarias», en José María LÓPEZ JIMÉNEZ (dir.), *El Gobierno Corporativo de las Entidades Bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 37-64.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.) (2005): *Comentarios a la ley general de subvenciones: (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 251 pp.
- MARQUÉS SEVILLANO, José Manuel y ROMO GONZÁLEZ, Luna (2018): «The risk of climate change in financial markets and institutions: international challenges, measures and initiatives», *Revista de Estabilidad Financiera*, 34, pp. 111-134.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Irma y GÓMEZ ANSÓN, Silvia (2021): «Objetivos de Desarrollo Sostenible, índices de sostenibilidad y gobierno corporativo: Un análisis de las sociedades cotizadas españolas», *Boletín de la CNMV*, 2021(3), pp. 85-120.
- MARTÍNEZ FERRERO, Jennifer y GARCÍA-MECA, Emma (2020): «Internal corporate governance strength as a mechanism for achieving sustainable development goals», *Sustainable Development*, 28 (5), pp. 1189-1198.
- MATEU DE ROS CEREZO, Rafael (2011): «El buen gobierno corporativo y la reforma del Código penal de 2010», en *XXXII Jornadas de estudio de la abogacía. El nuevo Código Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 521-530.
- MÜLBERT, Peter O. (2009): «Corporate governance of banks», *European Business Organization Law Review*, 10 (3), pp. 411-436.
- MÜLBERT, Peter O. y WILHELM, Alexander (2015): «CRD IV framework for Banks' Corporate Governance», en Danny BUSCH y Guido FERRARINI (Eds.), *European Banking Union*, Oxford, Oxford University Press, pp. 155-199.
- MURPHY, Kevin J. (2013): «Regulating Banking Bonuses in the European Union: a Case Study in Unintended Consequences», *European Financial Management*, Wiley-Blackwell, 19 (4), pp. 631-657.
- NIETO, María J. (2017): «Banks and Environmental Sustainability: Some reflections from the perspective of financial stability», *CEPS Policy Brief*, 2017/01.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2021): «Intervención pública y límites del mercado en la transición a la economía circular», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ y Xavier VENCE DEZA (dir.), *Redondear la economía circular: del discurso oficial a las políticas necesarias*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 97-132.
- OÑORO CARRASCAL, Alfredo y ROMERO MORA, Antonio (2013): «Gobierno corporativo», en Santiago MUÑOZ MACHADO y Juan Manuel VEGA SERRANO (Dirs.), *Derecho de la Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, Madrid, Iustel, pp. 395-446.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2018): *Assessing credit risk and opportunity in a changing climate: Outputs of a working group of 16 banks piloting the TCFD Recommendations*.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS y G-20 (2016): *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*.
- ORTI GISBERT, Vicente (2016): «Los códigos de buen gobierno», en José María LÓPEZ JIMÉNEZ (dir.), *El Gobierno Corporativo de las Entidades Bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 125-176.
- PAETZOLD, Falko y BUSCH, Timo (2014): «Unleashing the powerful few: Sustainable investing behaviour of wealthy private investors», *Organization & Environment*, 27(4), pp. 347-367.
- PALÁ LAGUNA, Reyes (2021): «La diversidad de género en el consejo de administración y en la alta dirección de las sociedades cotizadas», en esta REVISTA, 56, pp. 41-62.
- PASCUAL GARCÍA, José (2016): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid, BOE, 737 pp.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2021): «La transición ecológica de la contratación pública: Reflexiones y propuestas para la generalización de un enfoque estratégico ambiental» en José María GIMENO FELIU (dir.) y Carmen DE GUERRERO MANSO (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 127-175.
- PIZZI, Simone; ROSATI, Francesco y VENTURELLI, Andrea (2021): «The determinants of business contribution to the 2030 Agenda: Introducing the SDG Reporting Score», *Business Strategy and the Environment*, 30 (1), pp. 404-421.
- PSAROUDAKIS, Georgios (2015): «The boundaries of banking supervision: business judgements and prudential oversight», en *ECB Legal Conference 2015: From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union New opportunities for European integration*, Fráncfort del Meno, European Central Bank, pp. 174-190.
- RISK METRICS GROUP (2009): *Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States*.
- ROSATI, Francesco y FARIA, Lourenço Galvão Diniz (2019): «Business contribution to the Sustainable Development Agenda: Organizational factors related to early adoption os SDG reporting», *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 26 (3), pp. 588-597.
- SALAS FUMÁS, Vicente (2011): «Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y Creación de Valor Compartido: La RSC según Michael Porter y Mark Kramer», *Revista de responsabilidad social de la empresa*, 9, pp. 15-40.

- SCHOENMAKER, Dirk y VAN TILBURG, Rens (2016): «What role for the financial supervisors in addressing environmental risks?», *Comparative Economic Studies*, 58 (3), pp. 317-334.
- SIMÓN YARZA, Fernando (2012): «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista española de derecho constitucional*, 94, pp. 153-179.
- SLAVKA, Eley (2021): «Testing capacity of the EU banking sector to finance the transition to a sustainable economy», *EBA Staff Paper Series*, 13/2021.
- STARKS, Laura, VENKAT, Parth y ZHU, Qifei (2017): «Corporate ESG Profiles and Investor Horizons», *Wharton Research Data Working Paper*, pp. 1-54.
- URÍA, Francisco (2016): «El gobierno corporativo de las entidades de crédito ante la supervisión bancaria única», en José María LÓPEZ JIMÉNEZ (dir.), *El Gobierno Corporativo de las Entidades Bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 229-264.
- WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2000): *Corporate Social Responsibility*.

LA ORIENTACIÓN ESTRATÉGICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ENERGÉTICA: LUCES Y SOMBRAS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES

LETICIA FUERTES GINÉ
Doctoranda en Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA INDISPENSABILIDAD DE LA ENERGÍA EN LA SOCIEDAD.– II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO: 1. Elementos clave de la contratación pública estratégica. 2. La incorporación de la visión estratégica en los contratos de suministro. A) La pobreza energética como vertiente social de la energía. B) El origen de la energía como elemento medioambiental.– III. EL COMPLEJO ENCAJE DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DESDE LA PERSPECTIVA PRÁCTICA. 1. La (casi fallida) integración de la pobreza energética como objeto del contrato. 2. Las garantías de origen y el etiquetado de la electricidad como foco de interés casacional.– IV. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este estudio tiene por finalidad la provisión de una perspectiva panorámica de la inclusión de consideraciones sociales y medioambientales en la contratación pública energética. Para alcanzar este objetivo, se aborda preliminarmente de la visión estratégica en la contratación y su confluencia en los contratos de suministro de electricidad. Posteriormente, se analizan los fundamentos sociales y medioambientales sobre los que se construyen los correspondientes criterios a incorporar en las licitaciones de energía. Finalmente, se estudian y contrastan estas premisas teóricas a la luz de los pronunciamientos más relevantes en la materia.

Palabras clave: contratación pública estratégica; energías renovables; contratos de suministro de energía; garantías de origen; etiquetado de la electricidad; pobreza energética.

ABSTRACT: *The aim of this study is to provide an overview of the inclusion of social and environmental considerations in the field of energy public procurement. In order to achieve this goal, we address, as a preliminary approach, the procurement's strategic vision and its confluence within electricity supply contracts is. Subsequently, we analyse the social and environmental foundations upon which the corresponding criteria, which will be incorporated in energy tenders, are built. Finally, we study and contrast these theoretical premises in the light of the most relevant pronouncements on the matter.*

Key words: *strategic public procurement; renewable energy; energy supply contract; environmental criteria; guarantees of origin; electricity labelling; social criteria; energy poverty; electricity social bond.*

I. INTRODUCCIÓN. LA INDISPENSABILIDAD DE LA ENERGÍA EN LA SOCIEDAD

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, afirma en su Preámbulo que la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin la existencia del suministro de energía eléctrica. En efecto, es incuestionable la importancia y la trascendencia que reviste la energía para la sociedad. La evolución de la humanidad, incluyendo sus avances materiales y tecnológicos y la mejoría de las condiciones de vida, ha seguido una trayectoria paralela a la progresión del consumo, la explotación y la gestión energética (1) Asimismo, su gran influencia sobre la economía global y otros sectores productivos, y su fuerte incidencia sobre bienes y derechos públicos susceptibles de ser protegidos, justifican la enorme atracción e interés que ésta suscita a nivel nacional y mundial (2).

De estas características, no solamente se infiere la naturaleza central y caleidoscópica de la energía, sino que además, también trasluce su carácter estratégico para el desarrollo global. Esta capacidad transformativa y catalizadora del progreso se puede ilustrar con la incidencia y la repercusión que ha ejercido la energía en la Unión Europea, desde su precursora Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y que aún ejerce, mediante las políticas actuales enmarcadas en la Unión de la Energía (3).

Precisamente en la Comunicación de la Comisión Europea «Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva» se indica que la finalidad de esta Unión, centrada en una política climática ambiciosa, es ofrecer a los consumidores una energía segura, sostenible, competitiva y asequible. Para alcanzar estos fines, esta Estrategia está configurada en torno a cinco dimensiones: (i) la seguridad energética, la solidaridad y la confianza, (ii) un mercado europeo de la energía plenamente integrado, (iii) la eficiencia energética como contribución a la moderación de la demanda, (iv) la descarbonación de la economía, y (v) la investigación, la innovación y la competitividad.

Todas estas facetas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, se refuerzan mutuamente, y tienen como objetivo común el impulso de la seguridad energética, la sostenibilidad y la competitividad. Pese a que estos propósitos datan del año 2015, a la luz del actual clima socioeconómico y político, se puede apreciar con aún más claridad su relevancia.

(1) GIELEN, ALMENAR-MUÑOZ Y PALENCIA JIMÉNEZ (2020: p. 91).

(2) MATEO MARTÍN (2020: pp. 65 y ss).

(3) GALÁN VIOQUE (2018: 70).

En este contexto, en la aceptación de la energía como vector del desarrollo humano y económico se subsume la propia evolución y avance de este sector. Si bien dicha evolución tiene un carácter multifacético, una de sus principales manifestaciones es la sustitución de la tradicional noción —algo reduccionista— según la cual las necesidades energéticas se limitan a corresponder la demanda con el suministro (4) por una visión aperturista, consistente en emplear el abastecimiento de energía como una herramienta que facilite o propicie iniciativas similares a las recogidas en la referida Estrategia Marco para una Unión de la Energía.

Una cavilación similar ha sido recogida por la Comisión Europea en el Pacto Verde Europeo, el cual indica concretamente que, para que este Pacto salga adelante, se debe reflexionar acerca de las políticas de suministro de energía limpia al conjunto de la economía. Además, también se señala que, al realizar esta ponderación, se tendrá que prestar «(...) una cuidadosa atención a los posibles compromisos entre los objetivos económicos, ambientales y sociales». En consecuencia, aceptando esta invitación a la reflexión por parte de la Comisión Europea, es menester evaluar, desde los ángulos ambiental y social, las políticas de abastecimiento energético de las Administraciones Públicas.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO

1. Elementos clave de la contratación pública estratégica

Las Administraciones Públicas pueden adquirir la energía de diversas formas. Por ejemplo, acudiendo al mercado mayorista como consumidores directos, o bien constituyendo una comercializadora que actuará como medio propio personificado (5). Otra fórmula contractual innovadora, que está atrayendo un reciente interés en nuestro país, pese a que aún no dispone de una regulación específica en nuestro Ordenamiento, son los denominados contratos o acuerdos de compraventa de energía, derivados de la figura anglosajona *power purchase agreement*, conocidos a su vez como PPA (6).

Asimismo, el método que las Administraciones Públicas suelen emplear con mayor frecuencia es el abastecimiento, a través de las comercializadoras que intervienen en el mercado minorista, mediante un contrato administrativo de suministro sometido a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las

(4) COCCILO (2015: p. 6).

(5) CORVINOS BASECA (2018: p. 287).

(6) DOPAZO FRAGUÍO (2020: p. 3 y ss.).

Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (la «LCSP») (7).

La letra d del apartado 3 del artículo 16 de la LCSP estipula que: «*en todo caso, se considerarán contratos de suministro (...) los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada*». Este apartado fue introducido en la LCSP mediante una enmienda firmada por el Grupo Parlamentario Socialista, al considerar conveniente matizar que la comercialización de energía primaria o transformada, cada vez más habitual en los contratos de alumbrado público municipal o de gestión energética de edificios, también es un contrato de suministro (8), si bien este aspecto es asumido y recogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informes y recomendaciones.

En cualquier caso, todos los contratos de suministro que se rijan por la LCSP —de acuerdo con el referido artículo 16.3.d)— estarán gobernados por la disposición que indica, en el apartado 3 de su artículo 1 que: «*en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato*» (9).

La inclusión de esta estipulación en la LCSP ha constituido la consolidación de la denominada visión estratégica —crucial para el impulso de políticas ambientales, sociales, o de innovación— como el principal eje de la contratación. Así, GIMENO FELIU (2020: p. 91) afirma que este artículo 1.3 de la LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, al implicar una renuncia de la tradicional filosofía burocrática formal y excesivamente economicista, para prever la incorporación preceptiva de dicha visión estratégica, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y a la protección de las PYMES.

Sin embargo, este hito consistente en la conformación de la contratación pública estratégica y su observancia de manera trasversal y preceptiva no debe contemplarse como un logro que ha acontecido de manera instantánea, sino como la culminación de un dilatado y progresivo proceso en la comprensión de la disciplina de la contratación.

(7) CORVINOS BASECA (2018: p. 289).

(8) Esta enmienda número 452 indicaba exactamente que, pese a que este aspecto «(...) es algo asumido y recogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informes y recomendaciones (p.e. Recomendación 43/2009) (...)», encontraban conveniente la inclusión expresa de esta precisión.

(9) La redacción completa del artículo 1.3 LCSP prosigue disponiendo: «(...) en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos público. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

Un punto de referencia temporal adecuado al que es posible remontarse para ilustrar dicho proceso es el año 2011, en el cual se emitió el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Ya entonces, la Comisión Europea resaltaba la importante contribución que las autoridades públicas podían realizar a los objetivos estratégicos de la Estrategia Europa 2020 utilizando su poder adquisitivo para comprar bienes y servicios que tuvieran un alto valor en términos ambientales, climáticos, y sociales.

Además, en este Libro Verde también se ponía de manifiesto la puesta en marcha de políticas específicas, europeas y nacionales, con la finalidad de fomentar la contratación pública en apoyo de los objetivos mencionados, resaltando igualmente los trabajos en curso —que en ese momento se estaban realizando— para promover la incorporación de consideraciones medioambientales y sociales en la contratación pública.

Una década después de este Libro Verde, esta intencionalidad del uso de la contratación pública como herramienta para el logro de objetivos estratégicos ha perdurado, habiéndose afianzado en el preámbulo de la LCSP y en el considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (la «Directiva»). Específicamente, ambos indican, en términos muy similares, que en el contexto legislativo actual, caracterizado por la Estrategia Europa 2020, la contratación pública desempeña un papel clave, al estar configurada como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y que, al mismo tiempo, garantizan un uso de los fondos públicos con una mayor racionalidad económica.

Igualmente, tanto el referido preámbulo de la LCSP como el considerando segundo de la Directiva apuntan a otro elemento adicional que ha desempeñado un papel crucial en la evolución de la contratación pública estratégica, así como en su configuración legislativa vigente, correspondiéndose este componente decisivo con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y la incorporación de determinados aspectos derivados de reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

Es necesario poner de manifiesto preliminarmente, ante la ausencia de una mayor concreción sobre el ámbito o alcance de estos aspectos, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es profusa y extensa. No obstante, de la totalidad de las Sentencias de este Tribunal, algunas de ellas han sido determinantes en la hoja de ruta relativa a la incorporación de consideraciones ambientales y/o sociales en la contratación pública (10).

(10) MORENO MOLINA (2018: p RB-2.5).

En particular, es posible destacar, sobre la incorporación de aspectos medioambientales en los criterios de adjudicación, la Sentencia, de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland C-513/99, relativo a un contrato de gestión de una línea de autobuses urbanos, y la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, Wienstrom, C-448/01, sobre la exigencia de un porcentaje de energía renovable en un contrato de suministro eléctrico, habiendo sido ambas objeto de minucioso análisis efectuado por GARCÍA-ÁLVAREZ (2018: p. 26 y ss.).

Además, el Tribunal de Justicia también se ha pronunciado acerca del uso de las etiquetas ecológicas (particularmente EKO y Max Havelaar, encuadrada esta última en el comercio justo) como especificación técnica, criterio de adjudicación y requisito de capacidad técnica, en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de té y café, en la Sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión c. Países Bajos, C-368/10 47, la cual ha sido comentada pormenorizadamente por GALLEGO CÓRCOLES (2017: p. 100).

Estas tres Sentencias son suficientes para ejemplificar, de una manera sucinta, la gradual progresión de la contratación pública estratégica. Así, el inicio de la aceptación de la inclusión de estas consideraciones medioambientales y sociales —con ciertos matices, siendo el más representativo el vínculo con el objeto del contrato— se encuentra debidamente razonado en la Sentencia Concordia, y es igualmente profundizado en la Sentencia Wienstrom. La relevancia de estos pronunciamientos se ha mantenido hasta el presente, dada su influencia y fuerte presencia en el articulado de la LCSP y de la Directiva (11).

Por su parte, la Sentencia Max Havelaar supone un claro reflejo del grado de atención que el legislador de la Unión Europea ha prestado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para aclarar o desarrollar algunos aspectos —véase el artículo 43 de la Directiva y el 127 de la LCSP, que regulan expresamente el empleo de las etiquetas ecológicas— o para incorporarlos directamente en su articulado —en particular, la codificación en el artículo 67 apartado 3 de la Directiva y el artículo 145 apartado 6 de la LCSP de la referencia a la «sustancia material» de los servicios, suministros, u obras— (12).

En virtud de todos estos razonamientos y argumentos, es posible concluir que esta imposición de la visión estratégica en la contratación pública posibilita y fundamenta el empleo de esta disciplina como una técnica que permite al alcance de objetivos sociales y ambientales (13). En consecuencia, tras esta

(11) La evolución del vínculo con el objeto del contrato desde la Sentencia Concordia hasta la actualidad, y su integración en la Directiva derogada y en la Directiva vigente, ha sido comentada, entre otros autores, por ANDRECKA Y PETERKOVÁ MITKIDIS (2017: p. 67), quienes opinaban que este concepto ha sido objeto de una «expansión sistemática» a lo largo del articulado de la Directiva en vigor.

(12) BERBEROFF AYUDA (2018: p. 163), GALLEGO CÓRCOLES (2017: p.100).

(13) GIMENO FELIU (2020: p. 91).

sucinta exposición y clarificación de las cuestiones elementales de la contratación pública estratégica, resulta procedente examinar cuál es su incidencia en los contratos de suministro energético.

2. La incorporación de la visión estratégica en los contratos de suministro

Como se ha adelantado previamente, cuando se interrelacionan los conceptos de «contratación pública» y «abastecimiento energético», la asociación más racional e inmediata es un contrato de suministro de energía primaria o transformada, de acuerdo con el artículo 16.3.d) de la LCSP. Esta deducción, conforme a lo indicado, tiene un carácter completamente válido. Sin embargo, es igualmente correcta la clasificación de este resultado dentro de una categoría «primaria», para seguir ahondando, de acuerdo con este hilo lógico de razonamiento, en otras posibles conexiones entre la disciplina de la contratación pública y la energía.

Quizás este otro nexo adicional, a priori algo menos ostensible, puede tornarse más aparente a la luz de un ejemplo concreto. En este sentido, son pertinentes los Objetivos de Desarrollo Sostenible, adoptados mediante una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 y enmarcados en la afamada Agenda 2030, y más especialmente, el Objetivo séptimo, designado «energía asequible y no contaminante».

La finalidad principal de este Objetivo séptimo es «garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna». Las Naciones Unidas consideran que cada vez hay más indicios alentadores que apuntan, por un lado, al aumento de la disponibilidad energética y a la aceleración del acceso a la electricidad países más pobres, y por otro, al incremento de la sostenibilidad de la energía, dada la creciente presencia de la energía renovable en el sector eléctrico. No obstante, y sin perjuicio de estas evidencias tan esperanzadoras, las Naciones Unidas también resaltan la necesidad de continuar trabajando en el acceso universal a servicios energéticos accesibles, fiables y modernos, incluyendo la expansión de la electrificación, en los países en desarrollo y menos adelantados, así como en el aumento considerable de la proporción de la energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas.

En concordancia con las motivaciones provistas por las Naciones Unidas, dicha asequibilidad tiene un marcado carácter social, mientras que la alusión a la no contaminación está ligada a una concepción de la sostenibilidad conformada en su totalidad por elementos ambientales. Esta visión particular aleja a la energía y al sector eléctrico de la mencionada visión reduccionista —la cual equipara a la electricidad únicamente con la actividad de suministro— y obliga a contemplarlos desde un caleidoscopio de cuestiones sociales

y medioambientales. Desde esta óptica, se puede apreciar que el eje de la referida conexión adicional entre la contratación pública y la energía es la posibilidad de emplear ambas como instrumento estratégico.

Los paralelismos que se pueden trazar entre ambas son notorios. En el ámbito de la energía, el abastecimiento se desenfoca y se desvincula del mero aprovisionamiento, para redireccionarse en el alcance de objetivos estratégicos. Mientras tanto, el artículo 1.3 de la LCSP —culmen de la contratación pública estratégica— estipula la incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales en las licitaciones, siempre que se cumplan el resto de las condiciones enumeradas en este mismo artículo.

La verdadera envergadura de esta confluencia se manifestará en la elección, y subsecuente inclusión, de dichos criterios sociales y medioambientales en los contratos de suministro energético. No obstante, la determinación de cuáles son los más adecuados para este propósito deberá estar precedida por un análisis del alcance de las implicaciones sociales medioambientales y energéticas.

A) La pobreza energética como vertiente social de la energía

Se ha incidido previamente en que el acceso a la energía es imprescindible para la sociedad y para el ser humano, radicando la raíz de esta indispensabilidad en que el desarrollo efectivo de algunos de los derechos humanos más fundamentales, como el derecho a la dignidad de las personas, el derecho a la educación, la alimentación, y la seguridad depende, en gran o total medida, de la disponibilidad energética que se posea (14). Así, la imposibilidad de satisfacer las necesidades energéticas, ya sea por una reducida capacidad económica, condiciones generales de pobreza, o viviendas con una baja eficiencia energética, repercute negativamente en la calidad de vida y de salud de la población (15).

De esta forma, la pobreza energética puede considerarse como: «la situación en la que se encuentra un hogar en el que no pueden ser satisfechas las necesidades básicas de suministros de energía, como consecuencia de un nivel de ingresos insuficiente y que, en su caso, puede verse agravada por disponer de una vivienda ineficiente en energía» (16).

La doctrina también ha acuñado sus propias definiciones relativas a la pobreza energética, insistiendo en que este término debe también abarcar a

(14) MATEO MARTÍN (2020, p. 65 y ss.).

(15) En este aspecto, véase la Estrategia Marco, de la Comisión Europea, para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva.

(16) El tenor literal de esta definición se corresponde con el concepto recogido en la «Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024», elaborada por el Gobierno de España, a la que se alude a continuación.

aquellos clientes cuyo consumo es más caro, por motivos de una eficiencia energética limitada (17), y en que debe superar la dicotomía entre la asequibilidad y el acceso, según la cual, la pobreza energética se manifiesta diferentemente en los países desarrollados —mediante las dificultades para su pago— y en los países en vías de desarrollo —consistente fundamentalmente en la falta de suministro (18)—.

La citada «Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva» apuntaba a que sólo se puede hacer frente a la pobreza energética mediante una combinación de medidas, enfocadas desde el ámbito social e impulsadas desde las competencias de las autoridades nacionales, regionales o locales. En la actualidad, existen múltiples iniciativas promovidas tanto a nivel nacional como europeo.

El Ministerio para la Transición Ecológica, en cumplimiento del artículo 1 del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, elaboró la «Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024», la cual fue aprobada por el Consejo de Ministros el 5 de abril de 2019. Entre muchas otras cuestiones relevantes, dicha Estrategia establece un objetivo de reducción de la pobreza de, al menos, un 25% los valores de 2017 en el año 2025, realizándose el esfuerzo necesario para alcanzar una reducción del 50% en este mismo año, y realiza un estudio de los bonos sociales energéticos, como parte de una proposición de mejora de los actuales mecanismos vigentes.

Este estudio comprende un minucioso análisis del bono social de la electricidad, creado en 2009, articulado como un mecanismo de protección para el consumidor de la energía eléctrica, y fundamentado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico —particularmente en su artículo 45— y en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

También se refiere al bono social térmico, que, en 2018, amplió esta protección a otros usos energéticos diferentes del eléctrico permitiendo aliviar la factura energética de los hogares para los combustibles para la calefacción, agua caliente sanitaria o cocina, y que se encuentra regulado en el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores.

En el marco europeo, el artículo 28 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estipula que los Estados

(17) DEL GUAYO CASTIELLA (2017: p. 348).

(18) TIRADO HERRERO, MENESES JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ, (2019: p. 156).

miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes, y muy especialmente a aquellos que definan como vulnerables, pudiendo atender para efectuar esta delimitación, a la pobreza energética.

Otra iniciativa económica muy significativa, también procedente de la Unión Europea, es la propuesta, contextualizada en el reciente marco de medidas «Objetivo 55», de la creación de un nuevo Fondo Social para el Clima (19), para brindar una financiación específica a los Estados miembros que apoye a los ciudadanos europeos más afectados o en riesgo de pobreza tanto energética, como de movilidad. Basado en los mecanismos de solidaridad existentes, que caracterizan por ejemplo al Pacto Verde Europeo, y con la intención de constituir un complemento a éstos.

Dicho Fondo aportará 72.200 millones de euros a precios corrientes en el período 2025-2032 al presupuesto de la UE con cargo al nuevo régimen de comercio de derechos de emisión. Consiguientemente, se ayudará a los hogares con ingresos bajos y medios vulnerables, a los usuarios del transporte y a las microempresas afectadas por el impacto de la ampliación del comercio de derechos de emisión a la construcción y el transporte.

Por último, resulta relevante mencionar de manera sucinta, dentro de este acercamiento al alcance del ámbito social de la energía, las implicaciones comprendidas dentro de la transición energética. Es consabido que esta transición supone la estimulación del crecimiento y de las inversiones en nuevos sectores, como la modernización industrial, la transformación energética, la economía circular, la movilidad limpia, la infraestructura verde y azul y la bioeconomía, comportando un repunte de la creación de nuevas oportunidades de trabajo locales y de alta calidad, que se engloban en el «empleo verde».

En contraposición a este aumento de oportunidades laborales en estos sectores verdes, la transición energética comportará, simultáneamente, la afectación de regiones cuyas economías son altamente dependientes de la minería del carbón, la prospección de petróleo y gas, u otros sectores que consumen mucha energía, como el acero, el cemento, los productos químicos, o la fabricación de automóviles (20).

En vista del potencial aumento de las disparidades sociales y regionales en europeas, que pueden llegar a causar estas circunstancias, la Unión ha instaurado, mediante el Reglamento (UE) 2021/1056, de 24 de junio de 2021, un Fondo de Transición Justa, con la finalidad de prestar apoyo a la población,

(19) El cual, en la actualidad, se encuentra en fase de Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Fondo Social para el Clima.

(20) Vid. el planteamiento efectuado en la Comunicación de la Comisión Europea «Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra».

a la economía y al medio ambiente de los territorios que se enfrentan a retos socioeconómicos graves derivados del proceso de transición.

Este Fondo de Transición Justa ha recibido un refuerzo económico adicional con el Instrumento de Recuperación Next Generation EU. En nuestro país, las inquietudes relativas a la transición justa se han trasladado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia —mediante el cual se canalizan los fondos de este Instrumento— en su Componente número 10. Igualmente, ésta también ocupa los artículos 27 y 28 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, los cuales hacen referencia, respectivamente, a la Estrategia de Transición Justa (21), y a la suscripción de convenios de transición justa.

B) El origen de la energía como elemento medioambiental

Las dimensiones ambientales de la energía pueden dividirse en el origen de su vertiente ecológica, y en el impacto de ésta misma. Sin perjuicio de esta escisión, el esclarecimiento del alcance de ambas tiene su inicio en el proceso de la generación de la energía.

En términos muy simplificados, la producción de la electricidad consiste, en primer lugar, en la extracción de los recursos energéticos de la naturaleza, para subsiguientemente transformar esta fuente primaria en electricidad y transmitirla hasta el punto de consumo mediante infraestructuras en red (22).

Estos recursos energéticos, a su vez, pueden tener una procedencia fósil —como el petróleo, el carbón, el gas o el uranio— caracterizada por su existencia limitada y su disponibilidad agotable en un plazo más o menos largo, o también pueden provenir de aquellas fuentes que se renuevan de forma continua —tales como la eólica, hidráulica, o solar—. Además de su procedencia, otro rasgo distintivo entre ambos recursos es que los primeros, al contrario de los segundos, producen emisiones a la atmósfera de los gases causantes del efecto invernadero (23).

Este efecto invernadero no es perjudicial por sí mismo. Al contrario, es imprescindible para preservar las condiciones óptimas para la vida, al amortiguar las variaciones extremas de la temperatura media en nuestro planeta. No obstante, el crecimiento industrial exponencial e incesante sustentado en el uso masivo de combustibles fósiles, ha provocado unas emisiones antropogénicas de CO₂ desmedidas, las cuales, simultáneamente, han desestabilizado

(21) Esta Estrategia fue publicada en el año 2019, y se integra en Marco Estratégico del Gobierno de Energía y Clima.

(22) ZAMORA SANTA BRÍGIDA (2019: p. 39).

(23) MOLINER ÁLVAREZ y MENÉNDEZ (2011, p 23 y ss.).

el equilibrio atmosférico y han desencadenado un aumento excesivo de las concentraciones de este gas. La suma de todos estos factores son los principales responsables del calentamiento global y del cambio climático (24).

Estas circunstancias son las que han precedido, y las que contextualizan, la actual situación de emergencia climática. Las consecuencias de estos dos fenómenos cada vez son más patentes en nuestro entorno. Los fenómenos meteorológicos extremos se suceden con mayor frecuencia e intensidad, y los cambios de temperatura en la superficie terrestre —la cual, según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, ya se encuentra un grado por encima de los niveles preindustriales, y se incrementa a un ritmo aproximado de 0,2 grados por década— amenazan inminentemente a nuestra biodiversidad y hacen peligrar el cumplimiento del Acuerdo de París (25).

Este resumido estado de la cuestión alberga suficiente información para efectuar la disquisición, más bien evidente, de la doble faceta ambiental de la energía. En relación con su origen, el aspecto ecológico es intrínseco a la propia energía, y radica en la posibilidad de poder producir electricidad de fuentes limpias y no contaminantes. Por otra parte, el rasgo medioambiental del impacto de la energía es referente a la trascendencia que conlleva la decisión sobre qué fuente energética emplear para la generación de electricidad, pudiendo esta elección contribuir a la continuidad del calentamiento global (si se opta por recursos fósiles), o a su progresiva paralización (si se emplean fuentes de origen renovable).

En consecuencia, con el objetivo de delinear el alcance específico de estas dos facetas, es menester exponer las líneas generales del plan de acción, cuyo marco general es la transición energética, destinado a evitar que todas estas eventualidades climáticas altamente perjudiciales se conviertan en inexorables e irrevocables.

Pese a que no cabe duda de que se debe adoptar una estrategia global para alcanzar una economía hipocarbónica, previéndose congruentemente diversas actuaciones en sectores variados, como el transporte, la eficiencia energética, la silvicultura o la agricultura, la energía ostenta un papel central en esta estrategia, al representar más de un 75% de las emisiones antropogénicas en la Unión Europea. Por lo tanto, a estos efectos, será menester centrarse únicamente en las opciones constituidas para que el sistema energético se

(24) MOLINER ÁLVAREZ y MENÉNDEZ (2011, p 17 y ss.).

(25) La citada Comunicación de la Comisión Europea «Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra» referencia todos los antecedentes y circunstancias que caracterizan esta situación de emergencia climática.

sustente únicamente, en un futuro próximo, sobre fuentes primarias renovables y cero emisiones netas de gases de efecto invernadero (26).

De este modo, el referido nuevo paquete de medidas «Objetivo 55» incluye una propuesta de revisión de la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, para aumentar el objetivo de que los Estados miembros velen por el alcance, en el año 2030, de una cuota de energía procedente de fuentes renovables de al menos el 32% del consumo final bruto de energía de la Unión —establecido en el artículo 3 apartado 1 de esta Directiva— a una horquilla entre un 38 y un 40%.

Otra particularidad destacable de este «Objetivo 55» es el doble anuncio de que la Unión Europea ha dispuesto una obligación vinculante para el logro de la neutralidad climática antes del año 2050, y de que ésta se ha estipulado en la primera legislación europea sobre el clima, materializada en el Reglamento (UE) 2021/1119, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, y en concreto, en su artículo 2 apartado 1.

Nuestra legislación también ha dispuesto un porcentaje de energía renovable relativamente similar, y una meta de neutralidad climática idéntica, en el artículo 3 (apartado 1 letra b, y apartado 2) de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética. Así, resulta reseñable que la cuota de penetración de energía renovable prevista en esta Ley asciende a un 42%, reflejando un nivel de ambición energética incrementado en 10 puntos porcentuales que en la Directiva 2018/2001, y siendo incluso aún mayor que el rango dispuesto en la propuesta de revisión de esta Directiva.

Las políticas energéticas y climáticas relevantes en las que se enmarcan estos propósitos, así como la motivación de éstos, sus singularidades, y el itinerario para su consecución están descritos en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, elaborado para dar cumplimiento al artículo 3 apartado 1 de Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima.

Finalmente, esta grave crisis climática y el cambio transformacional del sector energético, junto con el imperativo de adoptar urgentemente medidas inmediatas para su afrontamiento, ha conseguido aunar tanto los esfuerzos políticos como otros recursos, incluyendo los financieros. Ejemplo de ello es el

(26) Las actuaciones precisas y los sectores prioritarios en los que se debe enfocar la transición hacia una economía hipercarbónica se detallan en profundidad en el Pacto Verde Europeo y la Comunicación de la Comisión «Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra».

fuerte apoyo económico que acompañó al Pacto Verde Europeo, mediante el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible, que movilizaba, con cargo al presupuesto de la Unión y a sus instrumentos asociados, al menos 1 billón EUR en inversiones sostenibles durante la década entrante.

Este sólido respaldo financiero se ha robustecido aún más con el Instrumento de Recuperación Next Generation EU, habiéndose reconocido a la transición ecológica como uno de los pilares del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, el cual constituye un elemento central de este Instrumento (artículo 3 del Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia). Nuestro Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia también ha incorporado el «despliegue y la integración de energías renovables» a su Componente séptimo.

III. EL COMPLEJO ENCAJE DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DESDE LA PERSPECTIVA PRÁCTICA

Esta panorámica relativa a los fundamentos sobre los que se pueden cimentar los criterios sociales y medioambientales en los contratos de suministro energético, debe ser complementada necesariamente con una perspectiva práctica. Para ello, a continuación, se analizará la exacta forma en la que dichos criterios se materializan en los procedimientos de contratación pública, así como las consecuencias de su incorporación, a través de aquellas cuestiones cruciales reseñadas en las Resoluciones o Sentencias más relevantes.

1. La (casi fallida) integración de la pobreza energética como objeto del contrato

El 8 de febrero de 2017, Endesa Energía interpuso, ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante, «TCCSP»), un recurso especial de contratación contra los pliegos y el anuncio de licitación del acuerdo marco para la contratación del suministro de energía eléctrica del Ayuntamiento de Barcelona y otros organismos asociados y la atención y reducción de la pobreza energética.

Congruentemente con la denominación de este contrato, su anuncio de licitación especificaba, como breve descripción de la prestación, que el objeto de esta licitación era la *«formalización de la contratación, mediante el acuerdo marco, del suministro de energía eléctrica de Ayuntamiento de Barcelona y otros organismos asociados de manera centralizada. Así mismo se incluye dentro del objeto del presente Acuerdo la atención y la reducción de la pobreza energética (...).»*

Además, también se indicaba en éste mismo que el pliego preveía una condición especial de ejecución, con el siguiente tenor literal: *«durante el primer semestre de ejecución del Acuerdo Marco, la empresa adjudicataria firmará un acuerdo o convenio con el Ayuntamiento de Barcelona, conforme a lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, con base en la propuesta de convenio presentado por la Generalitat de Cataluña».*

Esta es la premisa de la reseñada Resolución 44/2017, de 1 de marzo de 2017, del TCCSP, la cual estimó parcialmente el recurso interpuesto por Endesa —cuyos motivos versaban, entre otras cuestiones, sobre las previsiones relativas a la pobreza energética— dictaminando la anulación de estos pliegos y del anuncio de licitación. Es por lo tanto procedente ahondar en los razonamientos que condujeron a este Tribunal a emitir este pronunciamiento.

En primer lugar, Endesa alegó que la inserción de «la atención y la reducción de la pobreza energética» en el objeto del contrato era incompatible con el principio de transparencia, estipulado en el artículo 18.1 de la Directiva, así como con los artículos del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («TRLCSP») reguladores de la necesidad e idoneidad del contrato, el objeto del contrato, y el expediente de contratación (27).

El núcleo de la argumentación de Endesa residía en que el objeto del contrato de este acuerdo marco se encontraba completamente desvinculado de las necesidades públicas a satisfacer, justificantes de la contratación y consistentes del verdadero y único objeto del contrato, llegando a alcanzar esta desvinculación a los criterios a observar para la adjudicación y del contenido esencial de la prestación de este mismo.

Por su parte, las alegaciones del órgano de contratación estaban formuladas sobre unas motivaciones que presentan considerables paralelismos con la temática abordada en los epígrafes precedentes. Apelando principalmente a la consolidación de la visión estratégica de la contratación pública en la Directiva, éste abogaba por la superación de la comprensión unidimensional y formalista del objeto del contrato.

Para afianzar su argumento, el órgano de contratación mencionaba la nueva concepción del vínculo con dicho objeto, aludía a la Sentencia Concordia, y clarificaba que la introducción de la pobreza energética en este objeto obedecía, por una parte, a una estrategia señalizadora para que las empresas interesadas conocieran la «voluntad» del Ayuntamiento, y por otra, al segui-

(27) Más concretamente, Endesa Energía adujo la infracción de los artículos 22, 86.1 y 109 TRLCSP, respectivamente.

miento de las indicaciones de la «Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales», de la Corporación IDEA, que recomendaba definir el objeto del contrato incluyendo su dimensión social, para facilitar la introducción de criterios de valoración o condiciones de ejecución acordes con ésta (28).

Sin embargo, el TCCSP determinó que el carácter estratégico de la contratación deberá ser desarrollado, en todo caso, respetando los principios y las disposiciones legales de la Directiva y de la TRLCSP, y muy especialmente, el vínculo con el objeto del contrato. Aunque reconoció *«el loable y encomiable objetivo, las buenas intenciones del Ayuntamiento y la imperiosa urgencia en la búsqueda de medidas para contribuir a reducir y remediar la pobreza energética latente en el caso examinado»* asevera que *«como no puede ser de otro modo, sus decisiones están sujetas a la aplicación de la legalidad sin ningún otro condicionante como la garantía del estado de Derecho y en aras a garantizar la necesaria seguridad jurídica»*.

Habiendo transcrito, con propósitos interpretativos, los considerandos de la Directiva que tratan acerca de este requisito —entre otros, los números 70, 97, 98 o 104— el TCCSP descartó que este supuesto de hecho fuera idéntico a Concordia, y que el objeto del contrato se adecuara a los artículos del TRLCSP y de la Directiva sobre los contratos de suministro. De este modo, manifestó que para que la «atención y reducción de la pobreza energética» pudiera ser aceptada en el objeto del contrato, ésta debería constituir una prestación claramente diferenciable y que, por tanto, se pudiera licitar por separado, o bien, la finalidad social que se quisiera promover o fomentar que se produjera intrínsecamente con la sola prestación del objeto «principal». A juicio del TCCSP, no se cumplen ninguna de estas dos circunstancias.

En segundo lugar, Endesa también expuso en su recurso que la reproducida condición especial de ejecución vulneraba su correspondiente artículo de la TRLCSP. Sobre esta cuestión, el órgano de contratación rebatió que la plasmación de las consideraciones sobre la pobreza energética, únicamente en las condiciones especiales de ejecución, se debió a un intento de garantizar al máximo el principio de seguridad jurídica, al constituir ésta un mero reflejo de las obligaciones contenidas en la ley. No obstante, el TCCSP se pronunció en un sentido igualmente negativo.

La problemática que ilustró el TCCSP sobre esta condición especial de ejecución era doble: consideró que la redacción de esta condición preveía el

(28) El órgano de contratación calificaba como habitual entre las Administraciones Públicas esta última práctica concerniente a la integración de las cuestiones sociales en dicha definición. Ciertamente, este ejercicio también ha sido recogido y propuesto en la Guía «Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica» de la Unión Europea.

cumplimiento de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, equivalente por ende a una obligación *ex lege*, y además, estaba supeditada a la suscripción de un convenio posterior, que debía presentar una tercera parte, en este caso, la Generalitat de Cataluña. Así, afirmó que esta cláusula *«no guarda la concreción necesaria que debería estipularse para que los licitadores conozcan, de manera simple, las exactas obligaciones a las que están compelidos para la adjudicación del contrato, ya que éstas están sujetas a un convenio que debe redactar una tercera parte»*.

Además, este TCCSP también entendió que esta condición de ejecución tampoco estaba vinculada con el objeto del contrato, precisando que *«el suministro a la ciudadanía en necesidades y, por tanto, el beneficio social que se pretende pretender, no se produce en el seno del suministro energético a los locales de la Administración, ni directamente por el simple acto de suministrar electricidad a los locales del Ayuntamiento»*.

Tan solo nueve meses después, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (a continuación, «TACRC») abordó un supuesto de hecho relativamente similar en su Resolución 1065/2017, de 17 de noviembre de 2017, resolviendo sendos recursos interpuestos por Gas Natural Comercializadora y Endesa Energía contra el pliego del «Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica en baja y alta tensión del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, la Fundación Deportiva Municipal y la Universidad Popular del Ayuntamiento de Valencia considerando la atención y reducción de la pobreza energética en el municipio de Valencia».

Los aspectos sociales de este pliego eran semejantes a los de la Resolución 44/2017 del TCCSP, ya descrita. Se incluían, dentro del objeto del acuerdo marco, la atención y reducción de la pobreza energética conforme a los términos del artículo 2.1 de la Ley 3/2017, de 3 de febrero, con la finalidad de paliar y reducir la pobreza energética en la Comunidad Valenciana («Ley 3/2017») así como la situación de dificultad en que se encuentra un hogar para hacer frente al pago de su consumo energético y que conlleva una falta de acceso normalizado a los suministros de electricidad, agua, gas y otras fuentes de combustibles energéticos a propuesta de los servicios sociales municipales.

También contenía una condición especial de ejecución —cuyo incumplimiento se estructuraba como causa de resolución del contrato— la cual hacía una referencia expresa a la incorporación en el objeto del contrato a la atención y reducción de la pobreza energética y al apartado 2 de la Disposición Adicional 3ª de dicha Ley 3/2017, y rezaba: *«con carácter previo a efectuar un corte de suministro, respecto a los clientes de la empresa adjudicataria en la ciudad de Valencia, la empresa ha de solicitar un informe a los servicios sociales municipales para determinar si se encuentra vigente la declaración*

como hogar en situación de vulnerabilidad social de la Ley 3/2017, o en su defecto se estudie la situación del hogar en riesgo de situación de pobreza energética, en los términos del art. 3.3. de la citada Ley».

Por último, este pliego configuraba dentro de las obligaciones específicas para la empresa adjudicataria, un requisito que puede llegar a asemejarse, en cierto modo, a la condición de ejecución de la Resolución 44/2017 del TCCSP: *«durante el primer semestre de la vigencia del Acuerdo Marco el Ayuntamiento de Valencia propondrá, de mutuo acuerdo, negociaciones con la empresa adjudicataria con el fin de celebrar convenios sobre materias como la mejora de los hábitos de consumo, la eliminación de cortes de suministro en periodo invernal o la contribución al ahorro energético y a la implantación y desarrollo de medidas de microeficiencia (definidas en el art.8 de la Ley 3/2017), para afrontar la emergencia en el ámbito de la pobreza energética y con la finalidad de paliar y reducir la misma».*

La primera cuestión impugnada se corresponde con la incorporación de la atención y reducción de la pobreza energética dentro del objeto del Acuerdo marco. Mientras que Endesa y Gas Natural consideraban que esta integración excedía las funciones públicas de la contratación pública en general, y del contrato de suministro en particular, el órgano de contratación adujo que estas referencias eran conforme a Derecho, en la medida en la que éstas habían sido añadidas conforme a la Ley 3/2017.

Por su parte, el TACRC, pese a que destacó que la descripción de este objeto es desafortunada y mejorable, no encontró razón alguna que le llevara a anular el inciso objeto de impugnación. La motivación de este pronunciamiento, absolutamente dispar con la Resolución 44/2017 del TCCSP, se sustentó sobre la afirmación de que no existían dudas de que el contrato objeto de la licitación es de suministro, y que aunque a lo largo del clausulado del pliego o de sus anexos se incluían escasas menciones a la atención y reducción de la pobreza energética, no habían sido todas ellas impugnadas.

En consecuencia, aseveró que, en la medida en que los defectos de los que pueda adolecer la redacción de las cláusulas de un pliego sean salvables mediante una labor interpretativa, éstas carecen de trascendencia invalidante (29). No obstante, esta desestimación no le eximió de matizar que: *«la solución podría haber sido diferente en el caso de que se hubieran impugnado y anulado todas las menciones a la pobreza energética contenidas en el clausulado de los Pliegos, desde el momento en que, en esa tesitura, cabría defender en abstracto que el mantener en la descripción del objeto del contrato una mención como la que contiene el apartado 1 sería contraria, entre otros, al principio de seguridad jurídica».*

(29) Este razonamiento del TACRC se apoyó y fundamentó en su Resolución 272/2015.

Al contrario que en el objeto del contrato, la decisión del TACRC acerca de la condición de ejecución no es discordante con la Resolución 44/2017 del TCCSP. El TACRC, tras dilucidar que esta cláusula no podía ampararse en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 3/2017, acudió a los artículos correspondientes del TRLCSP y de la Directiva. La conclusión de ambas Resoluciones, fundamentada en unos razonamientos muy similares, es la misma.

La condición de ejecución impugnada ante el TACRC tampoco se ajustaba a nuestro Ordenamiento, ya que ni se limitaba a las prestaciones derivadas del contrato, ni guardaba relación con el objeto del contrato, al trascender del suministro de energía eléctrica al Ayuntamiento y a determinados organismos de él dependientes, a las relaciones del adjudicatario con la totalidad de sus clientes en Valencia, afectando así incluso a la política general de empresa (30). Es más, el TACRC afirmó que esta cláusula incurría en un vicio de desviación de poder, ya que, en lugar de regular los derechos y obligaciones de las partes del contrato, se aventuraba en las relaciones de la adjudicataria con terceros clientes, apartándose así del propósito del pliego y de los propios fines del contrato público.

El motivo del recurso referente a la obligación específica descrita para la empresa adjudicataria también prosperó. El TACRC encontró que ni la Disposición Adicional 3ª de la Ley 3/2017, ni el principio de libertad de pactos del artículo 25 TRLCSP, amparaba este tipo de cláusulas en los contratos públicos, al estar configurada como una obligación de negociar estos convenios.

La relevancia y la influencia de los dictámenes recogidos en estas dos Resoluciones se evidencia en la Resolución 198/2017, de 2 de marzo, del TACRC. Gas Natural Servicios interpuso un recurso en relación con el «Contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión al Ayuntamiento de Benissa (Valencia) para cubrir la demanda de todos los puntos de conexión eléctrica, cuyo titular es el Ayuntamiento de Benissa, así como de los nuevos puntos de suministro que puedan crearse durante la vigencia del contrato».

Este contrato incluía la atención y la reducción de la pobreza energética, según la citada Ley 3/2017, en su objeto del contrato. Igualmente, comprendía un criterio de adjudicación consistente en la valoración de la aportación de un protocolo, programa de ayuda o documento justificativo frente a la pobreza energética, o la asunción como condición especial de ejecución —con carácter de obligación esencial— el compromiso de recabar un informe de los servicios sociales municipales antes de efectuar un corte de suministro a los clientes de la

(30) La imposibilidad de que el vínculo con el objeto del contrato albergue alusiones o conexiones con los criterios y condiciones de las políticas de responsabilidad corporativa está expresamente referenciado en el considerando 97 de la Directiva, relativo a los criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución.

empresa adjudicataria en Benissa, para determinar si seguía vigente la declaración como hogar en situación de vulnerabilidad social, o alternativamente, estudiar la situación del hogar en riesgo de situación de pobreza energética, en concordancia con dicha Ley.

Análogamente a la Resolución 44/2017 del TCCSP, en el entramado de esta Resolución hay una sólida presencia de la contratación pública estratégica, manifestando el TACRC: *«el debate de fondo es hasta dónde se puede extender el objeto de contrato con el fin de poder incluir cláusulas sociales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación»*.

Puntualizando que el carácter estratégico de la contratación no convierte a ésta en un instrumento normativo capaz de resolver cualquier problema de índole social o medioambiental que exceda de las relaciones entre la Administración contratante y las entidades contratistas, y que se debe evitar que su uso indiscriminado desvirtúe la contratación pública y los fines que persigue, el TACRC concluyó que la definición del objeto del contrato no se ajustaba a los artículos correspondientes de la TRLSCP y de la Directiva.

Éste recalcó que no pretendía ni restar importancia al objetivo de lucha contra la pobreza energética, ni tampoco negar que la atención y reducción de la pobreza energética pudiera aceptarse como objeto del contrato. Así, el TACRC precisó —rescatando el pronunciamiento de su Resolución 1065/2017, pero sin referirse expresamente a ella— que la correcta inclusión de esta consideración social en el objeto del contrato requeriría que, de forma conjunta, se tratara de una prestación claramente diferenciable y que pudiera ser licitada por separado.

Al mismo tiempo, el TACRC apuntó a la existencia de otros mecanismos, mejores que el contrato de suministro, que encajaban mejor con el objetivo de la lucha contra la pobreza energética, como por ejemplo, los recogidos en la Ley 3/2017.

Para resolver el motivo del recurso referente a los criterios de valoración de la pobreza energética, el TACRC ponderó la interpretación del vínculo del objeto del contrato conferida por la visión estratégica de la contratación pública. De este modo, examinó el considerando 97 de la Directiva, así como las Sentencias Concordia, Max Havelaar y Wienstrom, antes de determinar que, fundamentalmente, este criterio no satisfacía la vinculación exigida, al no redundar los criterios valorados en una mejor prestación del servicio ofertado.

En último lugar, acerca de la condición especial de ejecución, el TACRC se remitió expresamente a los razonamientos esgrimidos en su Resolución 1065/2017 y en la Resolución 44/2017 del TCCSP, manifestando su concordancia con éstos, y en consecuencia, declarando que dicha condición tampoco estaba vinculada con el objeto del contrato.

2. Las garantías de origen y el etiquetado de la electricidad como foco de interés casacional

El Ayuntamiento de Madrid publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 5 de marzo de 2018, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares de la licitación del «Acuerdo Marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos (4 Lotes)».

Contra estos pliegos, Gas Natural Comercializadora, Iberdrola Clientes, y Endesa Energía interpusieron, ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid («TACPCM»), sendos recursos especiales en materia de contratación pública, mediante los cuales pretendían, en esencia, la anulación de la condición de solvencia relativa al origen renovable de la energía comercializada. Ante la desestimación de dichos recursos por la Resolución 110/2018 del TACPCM, Endesa Energía interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue igualmente desestimado por la Sentencia, de 17 de julio de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (de ahora en adelante, «TSJM») (31).

Estos eventos jurídicos representan un compendio de los hechos reseñados en el Auto del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2021, mediante el cual se admite a trámite el recurso de casación presentado por Endesa Energía (32).

El Tribunal Supremo, reconociendo que la cuestión jurídica planteada está suscitando «*problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos de indudable trascendencia en el ámbito de la contratación pública*» y más concretamente, en las consecuencias que condición de solvencia relativa al origen renovable de la energía comercializada despliega para los contratistas, ha determinado que el interés casacional atañe al esclarecimiento de si el sistema de certificados de garantías de origen, o si el sistema de etiquetado de la electricidad son medios adecuados de acreditación de solvencia técnica a los efectos de los artículos 89.1.a) y f) y 93 de la LCSP.

De forma idéntica, el Tribunal Supremo, mediante el Auto de 30 de septiembre de 2021 (33), también admitió el recurso de casación interpuesto

(31) Sentencia 489/2019, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, de 17 de julio de 2019, recurso 540/2018.

(32) Auto del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2021, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1º Recurso 6542/2019.

(33) Auto del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 2021, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1º Recurso 1162/2021.

igualmente por Endesa Energía contra la Sentencia de 11 de noviembre de 2020, del TSJM (34).

Esta última Sentencia, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 60/2019, de 6 febrero, del TACPCM, resolviendo negativamente los recursos especiales en materia de contratación formulados por Gas Natural Comercializadora y Endesa Energía contra el anuncio de licitación y los pliegos de prescripciones administrativas particulares del contrato de «suministro de energía eléctrica renovable para Madrid Calle 30 S.A.», que preveían la acreditación de la solvencia técnica mediante la aportación, con carácter previo a la adjudicación definitiva, de la certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o equivalente, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable.

Pese a que el Tribunal Supremo indicó en este Auto de 30 de septiembre de 2021, que este recurso era muy similar al admitido apenas dos meses antes, apreció semejantemente la concurrencia de interés casacional objetivo, delimitando esta cuestión a la determinación de si el sistema de certificado de garantías de origen es el medio adecuado de acreditación de solvencia técnica.

Resulta certero inferir, en vista de este iter procesal, que el núcleo de la problemática en los contratos de suministro de energía renovable radica en la adecuación o inadecuación de exigir, como condición de solvencia, las garantías de origen o el sistema de etiquetado de la electricidad. De esta manera, se torna imprescindible exponer las características y las cualidades más significativas de estos dos instrumentos energéticos, para facilitar la contextualización y comprensión de los razonamientos jurídicos de esta controversia.

El germen de estas herramientas subyace en la naturaleza del sector energético y en la actividad de abastecimiento de electricidad, las cuales están condicionadas por la actual configuración de las infraestructuras y las tecnologías que se emplean a estos efectos. Sin ánimo de exhaustividad, recordemos que antes de que la energía llegue a su punto de consumo, ésta es extraída de los recursos fósiles y renovables, para ser subsiguientemente vertida en la misma red de transporte, indistintamente de su procedencia. En consecuencia, durante su conducción en la red de distribución, la energía renovable y no renovable se mezcla, impidiendo la distinción de su origen (35).

La garantía de origen, regulada en la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, y modificada por la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre y por la

(34) Sentencia 579/2019, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, de 11 de noviembre de 2019, recurso 223/2019.

(35) CORVINOS BASECA (2018: p. 285).

Orden IET/931/2015 (36), de 20 de mayo, da respuesta a esta imposibilidad de diferenciar la procedencia de la energía. De acuerdo con el artículo 4 de dicha Orden ITC/1522/2007, esta garantía es una acreditación electrónica que asegura que un número determinado de megavatios-hora de energía eléctrica —producidos en una central, en un periodo temporal determinado— han sido generados a partir de fuentes de energía renovables o de cogeneración de alta eficiencia.

Consiguientemente, su finalidad consiste en demostrar a los consumidores finales que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de dichas fuentes, y al mismo tiempo, facilitar el comercio de electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

La expedición de estas garantías de origen es voluntaria, por lo que el titular de una instalación de generación de energía eléctrica deberá dirigirse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») —organismo responsable de esta labor en todo el territorio español— para solicitar las garantías correspondientes al año anterior, en concordancia con los plazos estipulados. Esta nueva garantía emitida se inscribirá, a favor de dicho titular de la instalación de generación, en el sistema de anotaciones en cuenta de la CNMC, quien se convertirá en el denominado tenedor de la garantía de origen (37). La transferencia de las garantías de origen implicará que éstas se transmitan y se registren a favor de un nuevo tenedor, es decir, una persona física o jurídica (como una comercializadora) distinta al titular de la instalación de generación.

Este sistema de garantías de origen conforma, a su vez, la base del etiquetado de la electricidad. La función principal de este etiquetado, de acuerdo con lo dispuesto en la Circular 2/2021, de 10 de febrero, de la CNMC (38), es la proporción obligatoria de información a los consumidores de electricidad, por parte de las comercializadoras, sobre el origen de la electricidad que estas venden y de su impacto ambiental.

Fundamentalmente, la CNMC, en atención a la metodología y las condiciones estipuladas en dicha Circular 2/2021, y valiéndose de los datos consignados en el sistema de garantías de origen, entre otras múltiples referencias, realiza una serie de cálculos, en función del impacto ambiental que producen las empresas comercializadoras, derivado de su producción de emisiones de CO₂, y de residuos radiactivos de alta actividad. Según la puntuación obte-

(36) Para un estudio pormenorizado sobre la evolución legislativa de las garantías de origen, desde el ámbito europeo y nacional, consultar VÁZQUEZ DEL REY (2020: p. 225).

(37) *Ibidem*.

(38) Igualmente sobre el desarrollo legislativo, vid. VÁZQUEZ DEL REY (2020: p. 227).

nida en dichos cálculos, se asignará una calificación —de la letra «A» a la «G»— a cada comercializadora, equivaliendo la letra «A» al mínimo impacto ambiental, la «D» al impacto ambiental más próximo al promedio nacional, y la «G» al máximo impacto ambiental.

La CNMC, con una frecuencia anual, procederá a elaborar este etiquetado de la electricidad y a publicar sus resultados, que en todo caso serán correspondientes a la energía comercializada por cada empresa durante el año anterior. Asimismo, las empresas comercializadoras que vendan electricidad a clientes finales estarán obligadas a incluir en sus facturas su correspondiente etiquetado, en los términos indicados en la Circular 2/2021.

Pudiendo considerar este resumen de las garantías de origen y el etiquetado de electricidad como suficiente, a los meros efectos de una introducción teórica simplificada, es menester reanudar el análisis concerniente a la inclusión de éstas en los contratos de suministro, guiado a través de las Resoluciones y Sentencias referidas.

La fase de la contratación pública que ocupa las Resoluciones del TACPCM 60/2019, de 6 febrero, y 110/2018, de 18 de abril, es la solvencia técnica. Específicamente, esta última resolución preveía que se acreditara con la aportación de *«certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable»*. Este requisito suscitó la enunciación de múltiples preguntas de los licitadores al órgano de contratación, que respondió afirmativamente al interrogante relativo a si éstos debían demostrar *«el suministro de energía 100% renovable al 100% de su cartera de clientes»*.

El TACPCM comenzó su motivación indicando que, del tenor literal de este requisito, lo exigido se correspondía con una certificación de que la energía comercializada fuera 100% renovable. No obstante, de esta lectura era posible efectuar dos interpretaciones radicalmente opuestas en lo relativo al origen renovable de dicha energía, pudiéndose referir éste solamente al suministro a proporcionar al Ayuntamiento —bastando en este caso con la presentación de las correspondientes garantías de origen—, o por contrapartida, abarcar a la totalidad de la energía comercializada por el licitador —opción por la que el Ayuntamiento parecía decantarse y que supondría la demostración de la calificación con la letra «A» en el etiquetado de electricidad.

Para ahondar en esta disquisición, el TACPCM se remitió a su resolución 256/2017, de 19 de septiembre, en la cual conceptualiza rigurosamente estas nociones y contrasta los fines y las funciones de ambos instrumentos. De este modo, el TACPCM sostuvo que *«la etiqueta no garantiza ni informa sobre la energía suministrada a un cliente final concreto, eso lo hace la*

Garantía de Origen (39)» y precisó que «(...) a diferencia de la garantía de origen esta etiqueta acredita la composición de la energía comercializada en un ejercicio anterior, de manera que si una empresa obtiene la etiqueta A, eso significa que el 100% de lo que comercializó fue energía procedente de fuentes renovables y probaría que durante la ejecución del contrato que se licita estaría en condiciones de ofertar energía de esa procedencia que es el objeto del contrato».

Prosiguió así con su razonamiento, explicando que «por tanto, con dichas garantías no podrían acreditar la capacidad de garantizar que cumplirán el objeto del contrato, que es el origen renovable de las fuentes de generación de la electricidad al 100%» y añadió que además, como las garantías de origen acreditan indistinta o conjuntamente la procedencia de fuentes renovables y de cogeneración de alta eficiencia, la generación de la energía que esté acompañada con un certificado de origen puede suponer un impacto en emisiones de CO₂.

Todo lo anterior, sumado a que las garantías de origen, al ser expedidas por la CNMC al año siguiente al suministro efectuado, que impediría que se aportaran para acreditar la solvencia técnica del contrato, fundamenta que el Tribunal resolviera que esta exigencia se refería, definitivamente, a la clasificación «A» en el etiquetado de electricidad.

Tanto el TACPCM, como el TSJM, se inclinaron hacia que la exigencia del etiquetado «A» para la acreditación de la solvencia técnica era ajustada a Derecho.

El TACPCM argumentó que la limitación de la concurrencia se adscribía únicamente a las comercializadoras cuya cartera de ventas se compusiera por una mezcla de energías de procedencia renovable y no renovable, incompatible con el objeto del contrato —y cuya admisión supondría que la energía incluida en el mix que entregaran en el Ayuntamiento, aun con su certificado de garantía de origen, no tendría un origen acreditado 100% renovable.

Continuando con este hilo de argumental, el TACPCM admitió que la etiqueta de electricidad no garantiza que la energía comercializada a futuro sea íntegramente renovable, y que una comercializadora podría ser perfectamente capaz de suministrar energía de origen renovable a un cliente concreto, sin necesidad de que la totalidad de la energía que vende a los demás usuarios lo sea. Empero, aseveró que este criterio de solvencia técnica conseguía, al

(39) Matizando asimismo que «si bien en los consumidores finales dado que la energía que llega es indistinguible de la de otros consumidores conectados al mismo sistema eléctrico, puede entenderse que el desglose de mezclas genérico de la comercializadora es el mismo del que participa su suministro».

menos, asegurar que el licitador estaba capacitado para efectuar un abastecimiento compuesto exclusivamente por energía renovable.

Además, tal y como analiza DE GUERRERO MANSO (2018: p. 162), el TACPCM también cimentó su argumento sobre la adecuación del etiquetado «A» de la electricidad en la solvencia técnica aludiendo al carácter histórico y público de este criterio.

Por su parte, el TSJM —reforzando su argumentación con la reproducción de su Sentencia de 26 de junio, recurso 383/18, con un idéntico supuesto de hecho y recurrentes— también dio respuesta a las alegaciones, esgrimidas por Endesa Energía, consistentes en que esta condición de solvencia técnica ni guardaba la debida relación con el objeto del contrato ni era proporcional al mismo, ya que la etiqueta de electricidad «A», al comprender a todos los clientes de la comercializadora, excede el ámbito del acuerdo marco.

El TSJM sostuvo, partiendo del margen de discrecionalidad del que goza la Administración, que en la medida en que el objeto del contrato es el suministro de energía renovable, todos los aspectos que tengan relación con dicho objeto tendrán vinculación con el mismo. Consiguientemente, el TSJM entendió que el criterio de solvencia escogido por el órgano de contratación, el cual está relacionado con el objeto del contrato y es conforme a la normativa, no podía considerarse discriminatorio o desproporcional por el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida.

En este sentido, el TSJM no apreció que los pliegos vulneraran los principios rectores de la contratación por el mero motivo de que todas las comercializadoras no puedan participar en el procedimiento de licitación. Defendiendo que estos principios deben entenderse como facilitadores de la participación de los licitadores que cumplan determinados requisitos impuestos razonable y justificadamente en función de la naturaleza y/o especialidad del objeto del contrato, concluyó que: *«la exigencia de la certificación de la CNMC de que la energía es 100% renovable, no se considera desproporcionado o irracional atendiendo al objeto del contrato, máxime cuando, según el informe publicado el 27 de abril de 2017 por parte de la CNMC, 76 empresas comercializadoras, de tamaño grande, mediano y pequeño, suministran energía 100% renovable, por lo que tienen la solvencia requerida para participar en la licitación, por lo que no cabe alegar la existencia de discriminación, ni infracción del principio de igualdad de trato y libertad de acceso de los licitadores».*

En palabras de GARCÍA-ÁLVAREZ (2018: p. 24), esta cuestión no deja de suscitar alguna duda desde la perspectiva de la proporcionalidad, al poder suponer una excesiva restricción de la competencia. Y es precisamente de este último argumento, en lo que respecta a la proporcionalidad del etiquetado «A», de donde emanan las opiniones discrepantes entre el TSJM y el Tribunal

Supremo en su reciente Sentencia, de 25 de marzo de 2022 (40). El Tribunal Supremo concuerda con Endesa Energía en que este requisito de solvencia técnica es desproporcionado (41), comportando una restricción injustificada a la actividad de comercialización.

El Tribunal Supremo conviene con el argumento, esgrimido por Endesa Energía, de que no haber obtenido una calificación «A» en el etiquetado de electricidad, por haber comercializado durante el año precedente energías de origen no renovable, no hace peligrar el cumplimiento del objeto del contrato. En consecuencia, se produce una exclusión de forma injustificada y desproporcionada a aquellas empresas que tienen una capacidad energética acorde a la necesitada, o incluso superior, pero que no han obtenido la letra requerida. Esta exigencia retrospectiva, que contempla solamente la energía renovable comercializada en el año anterior, implica una penalización para aquellas empresas aptas para proveer la electricidad renovable en el momento de contratar, y no asegura que las empresas que hayan comercializado el año anterior toda la electricidad de ese origen vayan a hacer lo mismo el año siguiente.

Mientras que la estimación del recurso de casación interpuesto por Endesa Energía ha solventado la prolongada y reiterada controversia sobre la exigencia del etiquetado de la electricidad con la letra «A» como condición de solvencia técnica, el Tribunal Supremo aún no ha dictado Sentencia (42) sobre el segundo recurso de casación, incoado igualmente por Endesa, contra la sentencia de 11 de noviembre de 2020, dictada por el TSJM y relativa a la Resolución 60/2019 del TACPCM, y en la cual el interés casacional atañe a si las garantías de origen son un medio adecuado para la acreditación de la solvencia técnica. Con la finalidad de tener presentes los hechos y razonamientos que serán examinados en este pronunciamiento pendiente, es conveniente efectuar una recapitulación sucinta de éstos.

En este caso, la acreditación de la solvencia técnica para el suministro de energía eléctrica renovable consistía en la aportación, con carácter previo a la adjudicación definitiva del contrato, de la *«certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o equivalente, de acuerdo con la orden IET/931/2015, de 20 de mayo que modifica la ITC 1522/2007, de que la energía comercializada es de origen 100% renovable»*.

(40) Sentencia 376/2022, de 25 de marzo de 2022, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, recurso 6542/2019.

(41) No sucede lo mismo con la alegación referente a que el requisito exigido como condición de solvencia técnica no guarda el vínculo del objeto del contrato, encontrando que el etiquetado «A» es coherente y suficiente para entender que una empresa que obtenga esta calificación, en condiciones normales, puede proporcionar al Ayuntamiento en el futuro inmediato toda la energía que necesite de fuentes 100% renovables.

(42) Específicamente, a fecha 21 de mayo de 2022.

Consta tanto en la Resolución 60/2019 del TACPCM, como en la Sentencia de 11 de noviembre de 2020 del TSJM, que se asume, por las argumentaciones de las partes, que el órgano de contratación requiere que los licitadores aporten como requisito de solvencia el certificado de que disponen del etiquetado de electricidad con la categoría A, al obrar en los antecedentes de ambas la Resolución 110/2018, de 18 de abril de 2018, del TACPCM.

Dada la dependencia y la estrecha interrelación entre ambos supuestos, así como su idéntico sentido desestimatorio, y al estar precedida esta síntesis de un detallado análisis de dicha Resolución 110/2018, huelga abundar en exceso en estos motivos, para evitar incurrir en abundancia. En su lugar, es procedente resaltar las cuestiones fundamentales sobre las que se fundamentó el recurso contencioso-administrativo de Endesa Energía, y a las que muy probablemente el Tribunal Supremo dará una respuesta.

Concretamente, el primer y principal motivo de recurso en la Sentencia de 11 de noviembre de 2020 del TSJM es que, según Endesa Energía, el pliego no exige el etiquetado «A» de la electricidad, sino que de la literalidad del pliego se desprende que en realidad se está requiriendo el certificado de las garantías de origen. Por añadidura, también alega que, además de que el etiquetado «A» no es idóneo como condición de solvencia, es además desproporcionado y discriminatorio.

IV. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

La invitación de la Comisión Europea a reflexionar sobre las políticas de abastecimiento energético, trasladada exclusivamente a la introspección en el suministro de las Administraciones Públicas, ha derivado en una exposición panorámica relativa a la incorporación de consideraciones sociales y ambientales en la contratación pública energética. Aunque el alcance y el enfoque de este estudio ha sido panorámico, algunos de los hallazgos pertinentes al estado de la cuestión permiten realizar una última reflexión conclusiva.

Existe un sólido fundamento teórico que vertebra las vertientes sociales y medioambientales de la energía, en el cual se amparan y se fomentan diversas iniciativas tanto europeas como nacionales. También se aprecia un creciente interés en estas materias, evidenciado en el reconocimiento por parte de los Tribunales Administrativos de los esfuerzos y de la «encomiable labor» que supone la incorporación de las previsiones sobre la pobreza energética, y del firme propósito de promover la generación de electricidad de origen renovable. Sin embargo, parece producirse una desconexión entre esta fundamentación y los pronunciamientos resultantes de las Resoluciones y Sentencias reseñadas, que impide que estas consideraciones se materialicen efectivamente en los procedimientos de licitación.

Los aspectos controvertidos son radicalmente diferentes: la inclusión de la pobreza energética en el objeto del contrato de suministro está obstaculizada por el requisito de la vinculación, mientras que la problemática con las garantías de origen y el etiquetado de la electricidad se aleja de esta dificultad, residiendo la complejidad de su incorporación en la vulneración del principio de proporcionalidad.

Desde la perspectiva social, la Resolución 198/2017 del TACRC sugiere la configuración de otras herramientas para la lucha contra la pobreza energética, como el bono social, en lugar de las disposiciones previstas en el pliego recurrido. Por su parte, en el ámbito medioambiental el Tribunal Supremo ha dictaminado la falta de proporcionalidad de la exigencia de la clasificación «A» para la acreditación de solvencia técnica. En la actualidad, el Tribunal Supremo aún no ha dictaminado la adecuación o inadecuación de las garantías de origen igualmente como criterio de solvencia.

En definitiva, todo lo expuesto parece apuntar a que uno de los factores compartidos entre las consideraciones sociales y ambientales, que limitan el avance de la contratación pública estratégica de la energía, se corresponde con cómo se configura la incorporación de estos instrumentos energéticos en las licitaciones de suministro energético.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRECKA, Marta, y PETERKOVÁ MITKIDIS, Katerina (2017): «Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation?», en *Nordic Journal of Commercial Law*, núm. 1, pp. 56-87.
- BERBEROFF AYUDA, Dimitry (2018): «La doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en José María GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 163-202.
- COCCIOLO, Endrius (2015): «La Unión de la Energía y la gobernanza del sistema Tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 6, pp. 1-44.
- CORVINOS BASECA, Pedro (2018): «Las cláusulas ambientales en la contratación del suministro eléctrico por las Administraciones Públicas», en Ximena LAZO VITORIA, (dir.), *Compra pública verde*, 1ª ed., Madrid, Atelier, pp. 279-305.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ (dir.), *Monografías de esta REVISTA*, núm. XIX, pp. 141-177.

- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2017): «Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y el bono social», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 343-381.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar (2020): «Transición energética y contratación "smart energy": ¿se abre la caja de pandora de los "PPAs"?, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2018): «La integración de las energías renovables en el mercado energético», en Roberto GALÁN VIOQUE e Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dir.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 69-95.
- GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 4, pp. 92-113.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2018): «El papel de los mecanismos de mercado en la protección ambiental», en Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ (dir.), *Monografías de esta REVISTA*, núm. XIX, pp. 9-55.
- GIELEN, Eric, ALMENAR-MUÑOZ, Mercedes, y PALENCIA JIMÉNEZ, José Sergio (2020): «Disparidad territorial en la implantación de la energía solar en España», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ y María José ALONSO MAS (dir.), *La regulación de la energía limpia ante la emergencia climática*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 91-122.
- GIMENO FELIU, José María (2020): «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», en *Revista de Economía Industrial*, núm. 415, pp. 89-97.
- MATEO MARTÍN, Paloma (2020): «La energía en el Derecho Europeo y en la Constitución Española», en Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (ed.), *Manual de Derecho y Mercado de la Energía*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 65-79.
- MOLINER ÁLVAREZ, Rafael, y MENÉNDEZ, Rosa (2011): *Energía sin CO₂. Realidad o utopía*, Madrid, 1ª ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Catarata, pp. 276.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2018): «El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal» en José María GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 163-202.
- TIRADO HERRERO, Sergio, MENESES JIMÉNEZ, Luis, y LÓPEZ FERNÁNDEZ, José Luis (2019): «¿Una transición justa?: los bonos sociales a debate desde una perspectiva de pobreza y justicia energética», en *Presupuesto y gasto público*, núm. 97, pp. 155-176.

- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Ramón (2020): «Las garantías de origen», en Enrique ORTEGA BURGOS (dir.), *Mercados Regulados 2020*, 1º ed. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 221-247.
- ZAMORA SANTA BRÍGIDA, Ignacio: (2019): «La nueva política energética de la UE: “Energía limpia para todos los europeos”», en Juan de la Cruz Ferrer (dir.), *Energía y Derecho ante la transición renovable*, 1º ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 39-60.

CLAVES BÁSICAS PARA ENTENDER EL PRESENTE Y FUTURO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN LA UNIÓN EUROPEA (*)

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO
Profesor Titular de Derecho Administrativo (acred.)
Universidad de Zaragoza

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. ORIGEN Y POSICIONAMIENTO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN EUROPA.– III. PLAN DE ACCIÓN DE ECONOMÍA CIRCULAR DE 2015. MARCO DE SEGUIMIENTO.– IV. EL PACTO VERDE EUROPEO, OBJETIVO 55 Y LEY EUROPEA DEL CLIMA.– V. IMPACTO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR SOBRE LOS PLÁSTICOS Y EL SISTEMA ALIMENTARIO: ESTRATEGIA «DE LA GRANJA A LA MESA».– VI. BIOECONOMÍA SOSTENIBLE Y MODELO CIRCULAR.– VII. NUEVO PLAN DE ACCIÓN PARA LA ECONOMÍA CIRCULAR POR UNA EUROPA MÁS LIMPIA Y COMPETITIVA.– VIII. CONCLUSIÓN.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La conciencia medioambiental de la sociedad ha conllevado nuevas visiones acerca de cómo orientar el modelo económico. Así, frente a la economía lineal («extraer, hacer, tirar») se presenta un modelo más competitivo y con un alto componente medioambiental traducido en aspectos como la sostenibilidad, la eficiencia en el uso de los recursos o su preocupación por el cambio climático y las emisiones. Con ello surge la economía circular, la cual se sustenta en dos aspectos básicos como son, por un lado, el que el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible y, por otro lado, en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos. Reducir, reutilizar, reciclar, sustituir, preservar o valorar son conceptos por aplicarse a los más diversos ámbitos y que van a marcar una transición paulatina de la economía global. En este estudio se analizarán las claves básicas del porqué de estos cambios y cómo se está produciendo su paulatina implementación.

Palabras clave: sostenibilidad; residuos; plásticos; clima; alimentos; neutralidad climática.

ABSTRACT: *The environmental awareness of society has led to new visions about how to guide the economic model. Thus, compared to the linear economy («take-make-dispose»), a more competitive model is presented with a high environmental component translated into aspects such as sustainability, efficiency in the use of resources or its concern for climate change. The circular economy is based on two basic aspects. Firstly, that the value of products, materials and resources are maintained in the economy for as long as possible,*

(*) Trabajo asociado al proyecto I+D+I PGC2018-099237-B-I00: Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental del Programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I.

and secondly, that the generation of waste is minimized. Reducing, reusing, recycling, substituting, preserving and valuing are concepts to be applied to the most diverse fields and that will mark a gradual transition of the global economy. This study will analyse the basic keys to the reasons for these changes and how their gradual implementation is taking place.

Key words: sustainability; waste; plastics; climate; food; climate neutrality.

I. INTRODUCCIÓN

La amenaza del cambio climático ha originado un temor global acerca de sus efectos presentes y futuros, llevando a que los Estados se hayan unido en una labor conjunta de lucha a través de la implementación de diferentes medidas para paliar sus efectos. En este contexto surge la denominada economía circular, destinada a lograr una transición en el modelo económico desde el aspecto lineal (extraer-fabricar-usar-tirar) a otro sostenible y que considera al residuo como recurso. Como veremos, la implantación de la circularidad en el seno de la Unión Europea es fruto de un largo camino en el cual la Comisión Europea ha adoptado diversas Comunicaciones que han ido entre todas ellas estructurando la misma, siempre teniendo en cuenta su consideración de instrumentos atípicos (1).

La economía circular se mueve en la apuesta por la sostenibilidad. En este sentido, su aparición debe ponerse en contexto con tres importantes hechos en esta materia como son la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, también conocida como la Cumbre para la Tierra, el Acuerdo de París o los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Ya en 1992, la denominada Cumbre para la Tierra de Río de Janeiro supuso un foro de debate en el que repensar el desarrollo económico y encontrar mecanismos eficientes de ayuda contra la contaminación y el agotamiento de los recursos naturales, erigiendo al concepto de desarrollo sostenible como objetivo importante y global. A su vez, la Cumbre dio lugar ya no sólo a la Declaración de Río y sus 27 principios, entre los cuales está el desarrollo sostenible (2), sino

(1) Resulta interesante posicionar la «naturaleza jurídica» de estas Comunicaciones a raíz de su consideración de actos atípicos, entrando en juego el denominado «soft law» europeo. En este sentido, cabe recordar que los Tratados prevén expresamente algunos instrumentos jurídicos no vinculantes, en particular de las recomendaciones y las comunicaciones. De todos modos, siguiendo a Alonso García (2001) a través de las Comunicaciones se pretende «presentar de manera sistemática los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones», a partir de las cuales «ofrecer a las Administraciones nacionales y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente».

(2) En concreto, se dice que, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (principio 4). A este se suman otros principios con importancia en el ámbito que nos ocupa como que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes

también dos instrumentos relevantes como son la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Precisamente, la lucha contra el cambio climático y el efecto de los gases de efecto invernadero también ocuparon una posición importante en el Acuerdo de París al presentarse como objetivo el limitar el aumento de la temperatura mundial a través de la reducción de las emisiones de los países y la búsqueda de la neutralidad climática para 2050 (3). Este último concepto va a ser determinante en el desarrollo de la economía circular dentro de la UE, liderando a nivel mundial la búsqueda de ese objetivo.

Por otra parte, la orientación de las políticas medioambientales en la actualidad no puede entenderse sin los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030. La preservación y cuidado del medioambiente, el fin de la pobreza y una prosperidad económica a nivel global guían estos ODS en los que podemos encontrar la referencia directa o indirecta a la sostenibilidad y neutralidad climática en varios objetivos como son los referidos a ciudades y comunidades sostenibles (objetivo 11); la producción y consumo responsables (objetivo 12) o la acción por el clima (objetivo 13).

Como se comprueba, el marco de la sostenibilidad marca, sin duda alguna el devenir del aspecto medioambiental, surgiendo de ella numerosas iniciativas dentro de las cuales encuadrar la economía circular. En este estudio analizaremos cómo surge en el seno de la Unión Europea, su desarrollo y situación actual para dar cuenta de su importancia como instrumento transformador del modelo económico existente en la actualidad.

II. ORIGEN Y POSICIONAMIENTO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN EUROPA

El surgimiento de las acciones relativas a la economía circular en el ámbito de la Unión Europea cabe asociarla a los planteamientos de reforma

y futuras (principio 3); que para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas (principio 8) o que los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental (principio 12).

(3) Dicho acuerdo fue adoptado el 12 de diciembre de 2015, entrando en vigor el 4 de noviembre de 2016. Como objetivos se encuentra el limitar el aumento medio de la temperatura global a 2 grados centígrados respecto a los niveles preindustriales y redoblar esfuerzos para no superar la cota de 1,5 grados a final de este siglo. Aunque no se referencia directamente la neutralidad climática, el acuerdo establece el «alcanzar un equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza» (art. 4), de lo que se extrae dicho concepto.

del sistema económico en favor de un uso eficiente de los recursos. Siguiendo la estela de la Estrategia Europa 2020 que apostaba por una economía verde y un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (4), este modelo económico se ha defendido en diversos documentos como la Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos de la Comisión Europea de 2011. Precisamente en este documento aparece referenciada la economía circular al hablar de minerales y metales (5), además de enlazarse con el consumo y producción sostenibles (6). Ello nos deriva, dentro del ámbito económico, a atender a un vector concreto como es el del consumo, en el que aplicar la eficiencia en el uso de los recursos (7) sin perder de vista el favorecimiento de la conversión de los residuos en recursos. En este sentido, la apuesta por una economía en la que se exploten plenamente las posibilidades de reciclado se presenta como un objetivo planteándose en esta hoja de ruta que en 2020 los residuos se gestionen como recursos. Las estrategias sobre los residuos han marcado y marcan el devenir de la economía circular, presentándose sobre este aspecto diferentes medidas e instrumentos dentro de la política europea al respecto (8). No obstante, como digo, en este documento se deja ya constancia de la importancia de la economía circular, si bien no se profundiza en ello demasiado a excepción de la referencia a unos elementos clave que

(4) Comisión Europea (2010). En lo referido al crecimiento sostenible, el documento apostaba por promover una economía que utilice más eficazmente los recursos, más verde y competitiva. Con ello, se dice, se ayuda a la UE «a prosperar en un mundo con pocas emisiones de carbono y recursos limitados y al mismo tiempo impedirá la degradación del medio ambiente, la pérdida de biodiversidad y un uso no sostenible de los recursos. También apoyará la cohesión económica, social y territorial».

(5) A este respecto se apuesta por un sistema por el cual los residuos se conviertan en recursos (economía circular). Con ello, se dicen que los minerales y metales se utilizarán con más eficiencia.

(6) En realidad, como dice Santamaría Arinas (2019), la primera referencia a la economía circular, la podemos encontrar en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones de 21 de diciembre de 2005 que lleva por título «Un paso adelante en el consumo sostenible de recursos: estrategia temática sobre prevención y reciclado de residuos». En concreto se hace referencia al caso de China que había «promulgado una serie de leyes en materia de gestión de residuos. Éstas se proponen, en particular, el objetivo de promover la “economía circular”. En la actualidad China está desarrollando planes a medio y largo plazo para poner en práctica este concepto. Por otra parte, en este país existe también una demanda creciente de materiales reciclables. Ello ha ejercido una presión en el mercado estos materiales que se intensificaron el futuro» (Comisión de las Comunidades europeas, 2005).

(7) A ello se añade la apuesta por la contratación pública ecológica o lo referido a la huella ecológica de los productos, fijándose 2012 como fecha de actuación (Comisión, 2011).

(8) Véase, por ejemplo, los diferentes Programas de acción ambiental (en concreto los IV, V y VI); las Resoluciones del Consejo de 7 de mayo de 1990 y 24 de febrero de 1997 relativas a las estrategias comunitarias sobre residuos; o la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos.

caracterizan este nuevo modelo económico «reducir, reutilizar, reciclar, sustituir, preservar, valorar» (9).

Es ya con el VII Programa de Acción en materia de Medio Ambiente (Decisión núm. 1386/2013/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013) en donde se produce un paso importante en la apuesta por la economía circular, enfocándose esencialmente desde el punto de vista de los residuos. Resulta básica la visión clarificadora del año 2050, en el que este modelo económico es esencial:

«En 2050, vivimos bien, respetando los límites ecológicos del planeta. Nuestra prosperidad y nuestro medio ambiente saludable son la consecuencia de una economía circular innovadora, donde nada se desperdicia y en la que los recursos naturales se gestionan de forma sostenible, y la biodiversidad se protege, valora y restaura de tal manera que la resiliencia de nuestra sociedad resulta fortalecida. Nuestro crecimiento hipocarbónico lleva tiempo disociado del uso de los recursos, marcando así el paso hacia una economía segura y sostenible a nivel mundial».

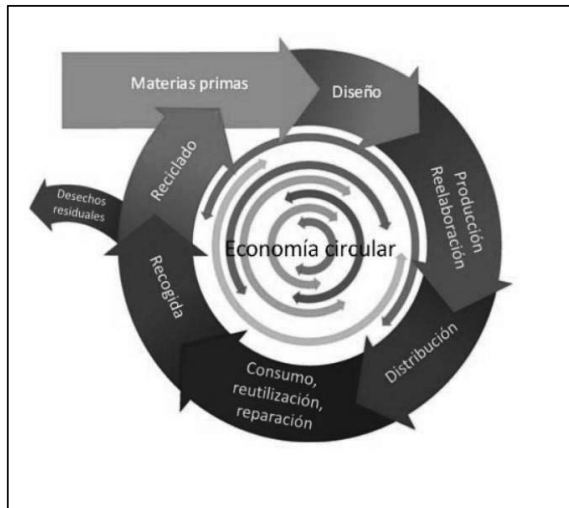
Como se comprueba, el planteamiento dado es claro, pero también se presentan algunos hándicaps a superar como el de dotar de un marco apropiado a productores y consumidores con el objeto de promover la eficiencia en el uso de los recursos y la economía circular. Precisamente, sobre este último aspecto, el Programa alude a la necesidad de fijar metas para reducir el impacto del ciclo de vida medioambiental global del consumo, en particular en los sectores de la alimentación, la vivienda y la movilidad. Además, aparecen también elementos ya identificados en la Hoja de ruta de 2011 como el impulso de la contratación pública ecológica o la aplicación de instrumentos de mercado y otras medidas que primen la prevención, el reciclado y la reutilización, incluida la extensión de la responsabilidad del productor. En estos aspectos es en donde se profundiza en lo relativo a la economía circular al destacarse que «deben suprimirse los obstáculos que dificultan las actividades de reciclado en el mercado interior de la Unión, y deben revisarse los objetivos actuales en materia de prevención, reutilización, reciclado, valorización y desvío de residuos de los vertederos para avanzar hacia una economía “circular” regida por el ciclo de vida y en la que los recursos se utilicen en cascada y se eliminen casi por completo los residuos remanentes». Como se comprueba, los residuos revisten un carácter esencial, hablando incluso de que los residuos sólidos podrían llegar a ser un recurso clave de la Unión, de ahí que se hable de perfeccionar la «prevención y gestión de residuos en la Unión y aprovechar mejor los recursos, crear nuevos mercados y empleos y reducir la dependencia de las importaciones de materias primas, limitando, al mismo tiempo, los impactos sobre el medio

(9) Comisión Europea (2011). Anexo referido a la «Eficiencia de los recursos: vínculos entre sectores y recursos e iniciativas políticas de la UE».

ambiente». A todo ello se debe añadir otra importante consideración como es la apuesta por la ecoinnovación y el ecodiseño de productos que permita «optimizar la eficiencia en el uso de recursos y materiales» al tener presente su durabilidad, reparabilidad, posibilidad de reutilización, reciclabilidad, el contenido reciclado y el ciclo de vida del producto.

Avanzando en la línea temporal, es en 2014 cuando se produce otro paso decisivo en el impulso de la economía circular en el ámbito de la Unión Europea. La razón es la aparición de una Comunicación de la Comisión Europea que lleva por título «Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa», si bien tuvo escaso recorrido ya que en ese mismo año la Comisión retiró la propuesta (10). Enlazada con el programa de eficiencia en el uso de los recursos de la Estrategia Europa 2020, en dicha Comunicación se asocia este modelo al crecimiento sostenible, tomando los residuos como recurso y apostando, por ejemplo, por el diseño ecológico o la reutilización (imagen 1).

Imagen 1. Fases principales de un modelo de economía circular.



Fuente: Comisión Europea (2014).

Como digo, la propuesta se retiró en favor de otra Comunicación, esta de 2015, de la que cabe resaltar que, a diferencia de la anterior, no se centra

(10) Documento que toma muy en consideración el estudio de la Ellen MacArthur Foundation (2013) que demuestra que una estrategia de economías circular ofrece grandes oportunidades de ahorro de costes en materiales para la industria de la UE y un potencial de crecimiento del PIB de la UE.

tanto en la reducción de residuos, sino que presenta un conjunto de medidas, mejor dicho, un Plan de acción que comprende medidas sobre la totalidad del ciclo de vida del producto en el que se engloba la producción (diseño y procesos de producción), el consumo, la gestión de residuos, el mercado de materias primas secundarias y la reutilización del agua.

III. PLAN DE ACCIÓN DE ECONOMÍA CIRCULAR DE 2015. MARCO DE SEGUIMIENTO

Como he dicho anteriormente, en 2015 la Comisión presenta una nueva Comunicación que lleva por título «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular». Esta Comunicación supone un paso decisivo en la transición a un nuevo modelo económico sustentado en dos aspectos como son, por un lado, el que el «valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible» y, por otro lado, «en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos». Esta circunstancia conlleva el encontrarnos ante una transformación de la economía europea hacia un modelo más competitivo y con un alto componente medioambiental traducido en aspectos como la sostenibilidad, la eficiencia en el uso de los recursos o su preocupación por el cambio climático y las emisiones (transición hacia una economía hipocarbónica), todo ello puesto en consonancia con la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible que precisamente se aprueba ese año.

El Plan de acción fija un ámbito de actuación de cinco años, introduciendo una hoja de ruta con 54 medidas aplicables a las diferentes etapas del ciclo de vida de los productos y la fijación de cinco áreas prioritarias de actuación (los plásticos, el desperdicio alimentario, las materias primas críticas, la construcción y la demolición y la biomasa y productos con base biológica). Respecto a estas áreas, se destaca en el Plan el hecho de tratarse de sectores que se enfrentan a retos concretos en el contexto de la economía circular por las características específicas de sus productos o cadenas de valor, su huella medioambiental o a la dependencia de materiales procedentes de fuera de Europa (11).

(11) En estas medidas hay un importante componente normativo ya sea por la puesta en valor de normativa ya existente, como la Directiva sobre diseño ecológico, o por las propuestas de Reglamentos (nuevos o revisados) sobre línea de bienes; fertilizantes o televisores y visualizadores. A ello se añade la propuesta legislativa revisada sobre los residuos o la destinada a establecer requisitos mínimos de reutilización del agua para el riego y la recarga de los acuíferos. Además, se hace referencia a normas europeas para el reciclado eficiente de los residuos electrónicos, baterías y otros productos complejos al final de su vida útil o el aclarar la legislación pertinente de la UE en materia de residuos, alimentos y piensos, a fin de facilitar la donación de alimentos y la utilización de restos de alimentos en los piensos.

Por lo que respecta a las cinco áreas prioritarias de actuación, tanto los plásticos, como las sustancias químicas, destacan por su gran impulso a través de la creación de una estrategia y un plan de acción para cada una de ellas. Así, de la primera se extrae la configuración de una «nueva economía del plástico» caracterizada por ser más circular y en la que el diseño y la producción tanto de plásticos, como de productos de plástico, respeten plenamente «las necesidades de reutilización, reparación y reciclado, así como el desarrollo y la promoción de materiales más sostenibles» (12). Así, de esta estrategia se puede extraer el apoyo a patrones de producción y consumo más sostenibles y seguros para los plásticos; el impulso a la demanda de plásticos reciclados; la mejora y armonización de la recogida selectiva y la clasificación; la reducción de los residuos de plástico y de los vertidos de basura (prevención de la presencia de residuos de plástico en el entorno); la apuesta por el tránsito del diseño para el reciclado al diseño para la circularidad; o la creación de un verdadero mercado único de los plásticos reciclados. En cuanto a la referida a sustancias químicas, la apuesta por la sostenibilidad se traduce en el hecho de la apuesta por el uso de sustancias químicas seguras y sostenibles en un entorno sin sustancias tóxicas. Para ello se hace hincapié en el diseño o el establecimiento de ciclos de productos seguros y de materiales no tóxicos, encaminándose también hacia una contaminación química cero en el medio ambiente. A ello se suma un componente jurídico como es la coordinación y simplificación de las acciones en toda la legislación de la UE sobre sustancias químicas y el reforzamiento de las normas internacionales (13).

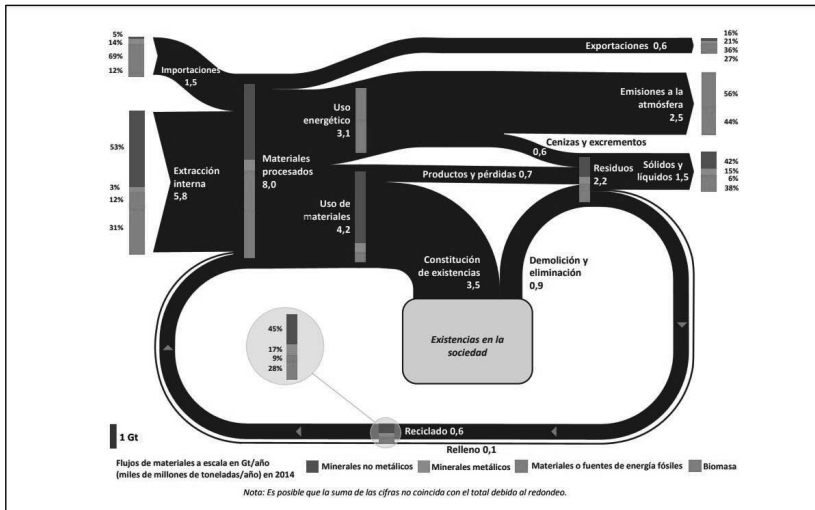
Para finalizar, es interesante también acudir a otro documento de la Comisión (2018c) como es el marco de seguimiento, el cual surge del Plan de acción para la economía circular y que se estructura a través de un conjunto de indicadores clave significativos que recogen los elementos principales de

(12) A este respecto hay que mencionar tanto la Comunicación de la Comisión (2018) titulada «Una estrategia europea para el plástico en una economía circular», como la Resolución del Parlamento Europeo (2018) sobre una estrategia europea para el plástico en una economía circular.

(13) Vid. Comisión Europea (2020). Aunque la estrategia de sustancias químicas tarda dos años más en aparecer, es verdad que en 2018 surge una Comunicación de la Comisión (2018b) para abordar la interfaz entre las legislaciones sobre sustancias químicas, sobre productos y sobre residuos. En ella se plantean cuatro problemas de partida en el logro de la maximización del reciclado y la minimización del uso de materias primas originales. En concreto, se destaca el hecho de que la información sobre la presencia de sustancias preocupantes no está fácilmente disponible para quienes manejan los residuos y los preparan para su recuperación; los residuos pueden contener sustancias que ya no están permitidas en nuevos productos; las normas de la UE sobre el fin de la condición de residuo no están totalmente armonizadas, lo que hace que la forma en que un residuo se convierte en un nuevo material y producto sea incierta; las normas para decidir qué residuos y sustancias químicas son peligrosos no están bien armonizadas, lo que repercute en la aceptación de las materias primas secundarias.

la economía circular. De este documento destaca un hecho relevante cuando hablamos de economía circular y es que «no existe un indicador universalmente reconocido de circularidad», hecho al que debe añadirse el que el número de indicadores fiables es escaso. Ante esta situación, parece que la apuesta de medición más fiable es aquella que analiza y comprueba «cómo los materiales entran en la economía, fluyen en ella y (finalmente) la abandonan» (imagen 2).

Imagen 2. Flujos de materiales en la economía.



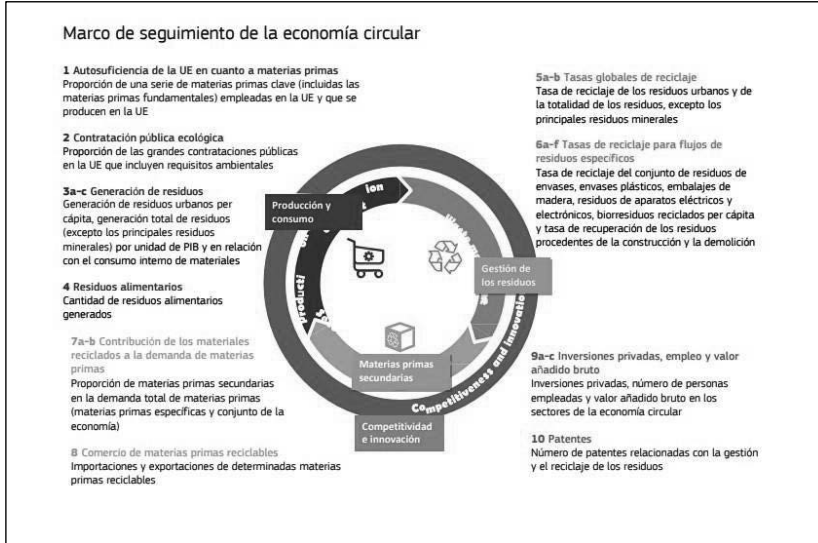
Fuente: Comisión (2018c) (14).

Con todo lo anterior, el marco de seguimiento tiene por misión medir los progresos hacia una economía circular de una manera que abarque las diversas dimensiones de las etapas del ciclo de vida de los recursos, productos y servicios. Para ello, se fijan diez indicadores agrupados en cuatro etapas y aspectos de la economía circular: producción y consumo; gestión de los residuos; materias primas secundarias y competitividad e innovación (imagen 3) (15).

(14) Gráfico que a su vez se extrae del estudio de Mayer *et. al.* (2018). Con base en el diagrama de flujos anterior, se comprueba un margen de mejora relevante basado en el hecho de que anualmente en la UE se transforman 8.000 millones de toneladas de materiales en energía o productos y que sólo 600 millones de toneladas proceden del reciclaje. Además, de los 2.200 millones de toneladas de residuos que se generan, solamente 600 millones se reintroducen en el sistema.

(15) A su vez, se introducen diferentes resortes con un alto componente normativo. Así, se hace mención a una Estrategia de Contratación Pública; Directiva marco sobre residuos;

Imagen 3. Etapas e indicadores del marco de seguimiento.



Fuente: Comisión (2018c).

Para finalizar, de este marco de seguimiento también se extraen algunas conclusiones relevantes como la autosuficiencia de la UE con respecto a la mayoría de los minerales no metálicos, pero no de las materias primas fundamentales; la evolución favorable en la gestión de los residuos, si bien existente grandes diferencias entre los Estados miembros y entre los flujos de residuos; o que la contribución de los materiales reciclados a la demanda global de materias primas es relativamente pequeña (se dice que los materiales reciclados cubren en torno al 10 % de la demanda de materiales en la UE).

IV. EL PACTO VERDE EUROPEO, OBJETIVO 55 Y LEY EUROPEA DEL CLIMA

En el proceso de implementación de la economía circular en el seno de la UE cabe destacar otro documento básico como es el denominado Pacto Verde Europeo. Elaborado en 2019, a través de él la Comisión Europea recoge un paquete de iniciativas de transición ecológica con el objetivo de situar a la UE en la neutralidad climática para 2050. Ha de destacarse que el

Directivas sobre flujos de residuos específicos; Reglamento de la legislación alimentaria general; Directiva sobre diseño ecológico; Etiqueta ecológica de la UE; Directiva relativa al vertido de residuos; Reglamento sobre los traslados de residuos.

Pacto verde europeo se configura como una estrategia de crecimiento desde el punto de vista de la sostenibilidad, beneficiosa tanto para la sociedad, como para la economía. En este sentido, la protección de la salud y bienestar de los ciudadanos frente a los riesgos y efectos medioambientales se suma a la búsqueda, dice el documento, de «una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos» (Comisión, 2019). Con ello puede decirse que este Pacto trata de reconfigurar la economía europea desde la sostenibilidad.

No cabe duda de que el Pacto verde es un documento muy ambicioso e incluye muchas medidas de diferente calado. Entre ellas destacan dos como son, en primer lugar, la propuesta de una Ley europea del clima destinada a alcanzar la neutralidad climática en 2050 y, en segundo lugar, el Objetivo 55, un conjunto de propuestas encaminadas a revisar y actualizar la legislación de la UE con el objetivo de reducir las emisiones netas en al menos un 55% para 2030, con respecto a 1990, y lograr la neutralidad climática en 2050.

Dentro de las actuaciones clave del Pacto verde se pueden encontrar nueve bloques (tabla 1) en los cuales se encuadran diferentes medidas que engloban desde el aspecto normativo (16), la elaboración de estrategias (17);

(16) El aspecto legislativo también constituye un elemento clave del Pacto verde y es que del mismo se pueden extraer un conjunto de medidas normativas a emprender que afectan a un variado abanico de ámbitos. Así, podemos encontrar como actuaciones las propuestas de revisión de las medidas legislativas pertinentes para cumplir la mayor ambición climática; revisión de la Directiva sobre el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión, el Reglamento de reparto del esfuerzo, el Reglamento sobre el uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura, la Directiva relativa a la eficiencia energética, la Directiva sobre energías renovables y las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ para turismos y furgonetas; la propuesta de revisión de la Directiva sobre fiscalidad de la energía; la evaluación y revisión del Reglamento sobre las Redes Transeuropeas (energía); legislación sobre baterías en apoyo del Plan de Acción Estratégico para las Baterías y la economía circular; propuesta de revisión de la Directiva de transporte combinado; revisión de la Directiva sobre la infraestructura para los combustibles alternativos y del Reglamento sobre las Redes Transeuropeas (transporte); propuesta de normas más estrictas para las emisiones de contaminantes atmosféricos de los vehículos con motor de combustión; revisión de la Directiva sobre divulgación de información no financiera; medidas legislativas, para reducir notablemente el uso de plaguicidas químicos, así como el uso de abonos y antibióticos; revisión de las Directrices sobre ayudas estatales pertinentes, incluidas las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía.

(17) *Vid.* Nueva estrategia de la UE en materia de adaptación al cambio climático; estrategia para una integración sectorial inteligente; estrategia en materia de energía eólica marina estrategia industrial de la UE; estrategia de movilidad sostenible e inteligente; estrategia «de la granja a la mesa»; estrategia de la UE sobre biodiversidad para 2030; nueva estrategia forestal de la UE; estrategia en el ámbito de las sustancias químicas con vistas a la sostenibilidad; estrategia renovada de finanzas sostenibles.

iniciativas de estímulo, gestión, mejora o análisis (18); o la implantación de Planes de acción. Precisamente, situándonos en lo concerniente con la economía circular, el Pacto verde introduce una actuación concreta que lleva por título «Estrategia industrial para una economía limpia y circular» a la que se vincula un Plan de acción de la economía circular, la propuesta de reformas legislativas en materia de residuos o iniciativas para estimular el desarrollo de mercados pioneros de productos climáticamente neutros y circulares en sectores industriales de gran consumo de energía.

Tabla 1. Actuaciones del Pacto verde europeo.

Actuaciones del Pacto Verde Europeo
Ambición climática
Estrategia industrial para una economía limpia y circular
Movilidad sostenible e inteligente
Ecologización de la política agrícola común / Estrategia «de la granja a la mesa»
Preservación y protección de la biodiversidad
Hacia una contaminación cero para un entorno sin sustancias tóxicas
Integración de la sostenibilidad en todas las políticas de la UE
La UE como líder mundial
Colaboración en torno a un Pacto Europeo por el Clima

Fuente: elaboración propia.

La Comunicación de la Comisión de 2019 debe completarse con la Resolución del Parlamento Europeo de 2020 al respecto. Dicha Resolución profundiza en los aspectos anteriormente señalados como el establecer un compromiso jurídico vinculante para conseguir la neutralidad climática de aquí a 2050 (Ley del clima); la apuesta por el suministro de energía limpia, asequible y segura; la rápida transición a una movilidad sostenible e inteligente; la preservación y restablecimiento de los ecosistemas y la biodiversidad; la idea de un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente (De la granja a la mesa); la movilización de la industria en pro de una economía limpia y circular; la aspiración a una contaminación cero para un entorno sin sustancias

(18) Vid. iniciativas para estimular el desarrollo de mercados pioneros de productos climáticamente neutros y circulares en sectores industriales de gran consumo de energía; iniciativas para gestionar mejor y aumentar la capacidad del ferrocarril y las vías navegables interiores; iniciativas de escrutinio y análisis comparativo de las prácticas de presupuestación ecológica de los estados miembros y la UE.

tóxicas; o la integración de la sostenibilidad en todas las políticas de la UE (principio de «No ocasionarás daños»).

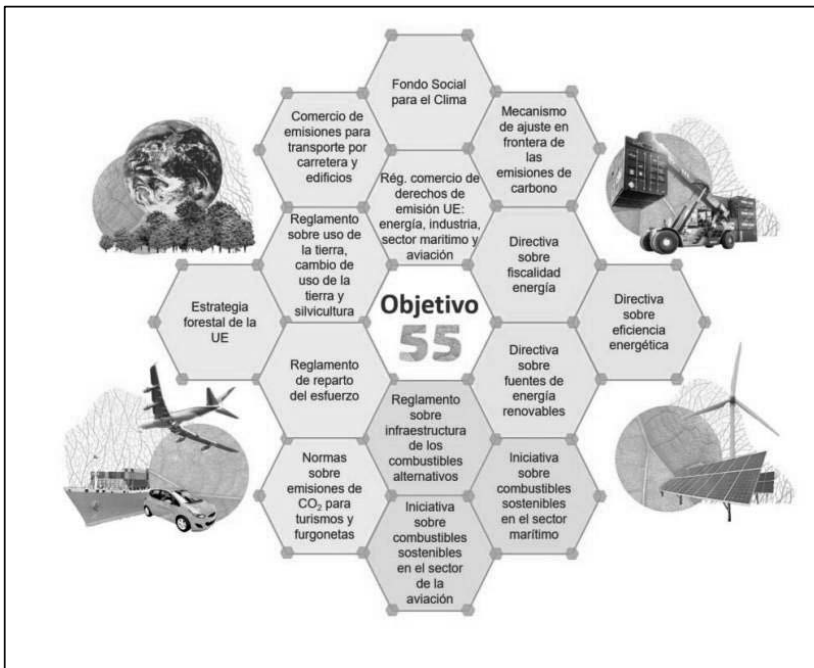
Precisamente, en lo que a economía circular respecta, destaca la insistencia acerca de la necesidad de nuevas estrategias para la industria y para las pymes con el objeto de lograr una «base industrial moderna, climáticamente neutra, altamente eficiente en el uso de los recursos y competitiva de aquí a 2050 a más tardar». Además, se pide a la Comisión tanto un nuevo y ambicioso plan de acción para la economía circular, como un importante bloque de medidas relativas residuos o plásticos (19). Sobre este último aspecto, destaca el hecho de que se pida restricciones más amplias a los artículos de plástico de un solo uso, así como su sustitución, y el apoyo al desarrollo de legislación para luchar contra el exceso de embalaje y garantizar que en el mercado de la Unión no se permita a partir de 2030, a más tardar ningún envase que no sea reutilizable o reciclable de manera económicamente viable, garantizando al mismo tiempo la seguridad de los alimentos.

Mencionado anteriormente, en este contexto de análisis de la economía circular, también es interesante aludir brevemente a la importancia del denominado Objetivo 55 (en inglés, *Fit for 55*) que, precisamente, se conecta directamente con el Pacto verde Europeo. A este respecto, en 2021 la Comisión Europea elabora una Comunicación que lleva por título «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática». El objeto principal, ya referenciado, es que se reduzcan las emisiones netas de la UE en al menos un 55 % de aquí a 2030 con respecto a 1990 y así convertirse en el primer continente climáticamente neutro de aquí a 2050. Para ello se establecen un conjunto de propuestas interconectadas que afectan a una amplia gama de ámbitos políticos y sectores económicos: clima, energía y combustibles, transporte, edificios, uso de la tierra y silvicultura. Así, cabe destacar todo lo relativo al Sistema de Comercio de Emisiones (ETS) con un refuerzo del régimen de comercio de derechos de emisión (en especial al sector de la aviación) y su ampliación al transporte marítimo, por carretera y a los edificios. De igual manera como metas se fija la actualización de diferentes normas como el Reglamento de reparto del esfuerzo, el Reglamento sobre el

(19) En concreto se «pide a la Comisión que proponga objetivos para la recogida selectiva, la reducción, la reutilización y el reciclado de residuos, así como otras acciones específicas, como la responsabilidad ampliada del productor, en sectores prioritarios como los residuos comerciales, los textiles, los plásticos, los productos electrónicos, la construcción y la alimentación; insta a la Comisión a que elabore medidas de apoyo al mercado de materiales reciclados en Europa, incluidas unas normas de calidad comunes, así como, cuando sea posible, objetivos obligatorios para el uso de materiales recuperados en sectores prioritarios; subraya la importancia de desarrollar ciclos de materiales no tóxicos, intensificando la sustitución de sustancias extremadamente preocupantes y promoviendo la investigación y la innovación para el desarrollo de productos no tóxicos» (Parlamento Europeo, 2020).

cambio de uso de la tierra y la silvicultura, la Directiva sobre fuentes de energía renovables o la Directiva sobre fiscalidad de la energía. También se establece la necesidad de implementar normas más estrictas para las emisiones de CO₂ de turismos y furgonetas; una nueva infraestructura para combustibles alternativos y nuevas propuestas legislativas como la Iniciativa de aviación ReFuelEU, sobre combustibles de aviación más sostenibles; FuelEU, combustibles más limpios para el transporte marítimo o la referida al Mecanismo de ajuste en frontera por emisiones de carbono (CBAM).

Imagen 4. Resumen Objetivo 55.



Fuente: Parlamento Europeo (2020).

Para finalizar, cabe mencionar la relevancia de la aprobación de la denominada «Ley europea del clima», la cual mediante Reglamento de 30 de junio de 2021 da por cumplido una aspiración que se iba repitiendo en los documentos que se han ido analizando en el presente estudio. Con ello se avanza de manera decisiva en el compromiso político establecido en el Pacto Verde Europeo al establecerse dos objetivos vinculantes, por un lado, el de neutralidad climática en la Unión de aquí a 2050 y, por otro, el de reducción

interna neta de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030 (20). Respecto al primero, el Reglamento señala que las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero reguladas en el Derecho de la Unión estarán equilibradas dentro de la Unión a más tardar en 2050, por lo que en esa fecha las emisiones netas deben haberse reducido a cero y, a partir de entonces, la Unión tendrá como objetivo lograr unas emisiones negativas. Hecho que se acompaña con la reducción interna de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (emisiones una vez deducidas las absorciones) de, al menos, un 55% con respecto a los niveles de 1990, de aquí a 2030. Otro aspecto interesante del Reglamento es el establecimiento de un objetivo climático para 2040 a escala de la Unión para el cual se dice que la Comisión presentará una propuesta legislativa de modificación del presente Reglamento con el fin de incluir este objetivo, teniendo en cuenta las conclusiones de las evaluaciones de las medidas adoptadas a escala nacional y de la UE, además de los del balance mundial (21). Por último, de esta norma también cabe destacar diferentes innovaciones como la creación de un Consejo Científico Consultivo Europeo sobre Cambio Climático o de una plataforma de diálogo multinivel sobre clima y energía a nivel nacional. Además, se obliga a que cada Estado miembro elabore y comunique a la Comisión su estrategia a largo plazo con una perspectiva de treinta años y en consonancia con el objetivo de neutralidad climática de la Unión establecido.

V. IMPACTO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR SOBRE LOS PLÁSTICOS Y EL SISTEMA ALIMENTARIO: ESTRATEGIA «DE LA GRANJA A LA MESA»

Como ya se ha señalado anteriormente, la transformación de la economía de la UE hacia un modelo circular conlleva su aplicación a sectores clave en ella. En este sentido, podemos destacar dos estrategias emprendidas por la Comisión que dan idea de la importancia y avances realizados al respecto y que son claro ejemplo de la apuesta por la consecución de los objetivos de neutralidad climática.

La primera de ellas es la referida a plásticos. Aprobada en 2018, la Estrategia parte de la creación una nueva economía del plástico en la que la reutilización, reparación y reciclado, así como el desarrollo y la promoción de

(20) Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

(21) Art. 4.4 puesto en relación con los arts. 6 y 7 del Reglamento (UE) 2021/1119.

materiales más sostenibles se convierten en elementos clave (22). A partir de ahí, se articulan toda una serie de medidas con el foco puesto en 2030, año en el que todos los envases de plástico comercializados en la UE deberán ser reutilizables o tendrán que poder reciclarse de un modo rentable; más de la mitad de los residuos de plástico generados en Europa deberán ser reciclados o que la capacidad de reciclado de plásticos en la UE deberá ampliarse y modernizarse sobremedida. A ello se suma el hecho de detener el flujo de plástico en los océanos o la disminución de la presencia de plástico en el medio ambiente a través de unos sistemas de recogida de residuos eficaces, combinados con un descenso en la generación de residuos y una mayor concienciación de los consumidores.

Para el logro de estos objetivos, la estrategia introduce un conjunto de medidas con el objeto de que la producción, el consumo y el final de la vida útil del plástico puedan convertirse en una oportunidad para la UE y la competitividad de la industria europea (tabla 2). En concreto, se fijan cuatro grandes bloques sobre los cuales se potencia la necesidad de minimizar el impacto negativo de la basura plástica en el medio ambiente, potenciando también aspectos como la innovación al respecto. De todas maneras, no hay que olvidar que esta Estrategia ha tenido un impulso importante a través de la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, en la que, por ejemplo, se prohíbe la introducción en el mercado de los productos de plástico de un solo uso enumerados en el anexo B de la misma (23) y de los productos fabricados con plástico oxodegradable desde el 3 de julio de 2021 o que los Estados miembros deben velar porque cada uno de los productos de plástico de un

(22) Vid. Comisión (2018).

(23) En concreto, 1) bastoncillos de algodón, excepto si entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/385/CEE del Consejo (1) o de la Directiva 93/42/CEE del Consejo (2); 2) cubiertos (tenedores, cuchillos, cucharas, palillos); 3) platos; 4) pajitas, excepto si entran en el ámbito de aplicación de las directivas 90/385/CEE o 93/42/CEE; 5) agitadores de bebidas; 6) palitos destinados a sujetar e ir unidos a globos, con excepción de los globos para usos y aplicaciones industriales y profesionales que no se distribuyen a los consumidores, incluidos los mecanismos de esos palitos; 7) recipientes para alimentos, hechos de poliestireno expandido, tales como cajas, con o sin tapa, utilizados con el fin de contener alimentos que: a) están destinados al consumo inmediato, *in situ* o para llevar; b) normalmente se consumen en el propio recipiente, y c) están listos para el consumo sin ninguna otra preparación posterior, como cocinar, hervir o calentar, incluidos los recipientes para alimentos utilizados para comida rápida u otros alimentos listos para su consumo inmediato, excepto los recipientes para bebidas, los platos y los envases y envoltorios que contienen alimentos; 8) los recipientes para bebidas hechos de poliestireno expandido, incluidos sus tapas y tapones; 9) los vasos para bebidas hechos de poliestireno expandido, incluidos sus tapas y tapones.

solo uso enumerados en el anexo D (24) lleve, en su envase o en el propio producto, una marca visible, legible e indeleble que informe a los consumidores de las opciones adecuadas de gestión de los residuos del producto o los medios de eliminación de los residuos; la presencia de plásticos en el producto y el consiguiente impacto medioambiental negativo de los vertidos de basura dispersa o de los medios inadecuados de eliminación de residuos del producto en el medio ambiente.

Tabla 2. Medidas en la estrategia sobre plásticos.

<p>Mejorar la economía y la calidad del reciclado del plástico</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mejorar el diseño y apoyar la innovación para conseguir que los plásticos y los productos de plástico sean más fáciles de reciclar (un mejor diseño de los productos facilita el reciclado). • Ampliar y mejorar la recogida selectiva de los residuos de plástico, a fin de garantizar la calidad de los insumos para la industria del reciclado (impulso a la demanda de plásticos reciclados). • Ampliar y modernizar la capacidad de reciclado y clasificación de residuos de la UE. • Crear mercados viables para el plástico reciclado y renovable.
<p>Reducción de los residuos de plástico y de los vertidos de basura</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Prevención de la presencia de residuos de plástico en el entorno (basura marina, reducción basura plástica) • Establecimiento de un marco normativo claro para los plásticos con propiedades biodegradables (aclarar qué plásticos pueden ser etiquetados como «compostable» o «biodegradable» y su tratamiento después de su uso). • Creciente problema de los microplásticos.
<p>Orientación de la innovación y la inversión hacia soluciones circulares</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Soluciones innovadoras de clasificación, reciclado químico y diseño mejorado de polímeros; materiales que se biodegradan totalmente en el agua; desarrollo de materias primas alternativas, incluidas las bióticas y los efluentes gaseosos; desarrollo de materiales plásticos más inteligentes y más fácilmente reciclables. • Responsabilidad ampliada del productor.
<p>Aprovechamiento de las medidas adoptadas a escala mundial</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cooperación internacional en materia de basura marina (establecimiento de sistemas sólidos de prevención y gestión de residuos, en particular en las economías emergentes). • Mejora de la prevención y la gestión de residuos en todo el mundo.

Fuente: elaboración propia.

(24) Compresas, tampones higiénicos y aplicadores de tampones; toallitas húmedas, es decir, toallitas prehumedecidas para higiene personal y para usos domésticos; productos del tabaco con filtros y filtros comercializados para utilizarse en combinación con productos del tabaco; vasos para bebidas.

Otra estrategia que mencionar es la que afecta al sector alimentario. En concreto me refiero a la denominada Estrategia «de la granja a la mesa» para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente (Comisión, 2020). La idea principal de esta estrategia es la de fijar un sistema alimentario sostenible basado en tres elementos clave como son el que la producción de alimentos tenga un impacto neutral o positivo en el medio ambiente; se garantice la seguridad alimentaria y la salud pública; y se salvaguarde la disponibilidad de alimentos, al mismo tiempo que se genere beneficios económicos más equitativos y estimule la competitividad del sector (25). Para ello, la estrategia fija establece una cadena alimentaria que conecte a los consumidores, los productores, el clima y el medio ambiente, añadiéndose aspectos interesantes como el de garantizar una producción alimentaria sostenible y una seguridad alimentaria; el estimular prácticas sostenibles de transformación de alimentos; el promover el consumo sostenible de alimentos y facilitar la transición a dietas saludables y sostenibles; el reducir la pérdida y el desperdicio de alimentos; o luchar contra el fraude alimentario a lo largo de toda la cadena de suministro alimentario. En estos bloques podemos encontrar interesantes iniciativas de gran calado como, por ejemplo, la reducción del uso de los plaguicidas al menos en un 50% (26); el destino de al menos un 25% de las tierras agrícolas de la UE a la agricultura ecológica; la necesidad de revisión de la legislación en materia de bienestar animal y la relativa al transporte y al sacrificio de animales; el establecimiento de perfiles nutricionales para restringir la promoción de alimentos con alto contenido en sal, azúcares o grasas; o la lucha contra el fraude alimentario a lo largo de toda la cadena de suministro.

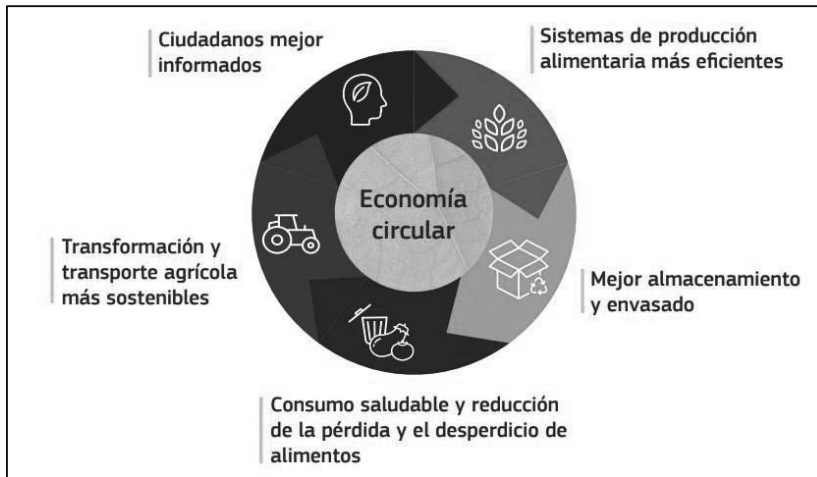
Centrándonos en el aspecto de la circularidad, es cierto que no hay muchas referencias expresas al respecto a excepción, se dice, de la adopción de modelos de negocio circulares en la transformación de alimentos y el comercio minorista, en particular para las pymes; el despliegue de una bioeconomía circular y sostenible; o la iniciativa legislativa sobre la reutilización en los servicios alimentarios para sustituir los envases de alimentos y los cubiertos de un solo uso por productos reutilizables. No obstante, la

(25) Además, esta estrategia se acompaña de más objetivos como los de reducir la huella medioambiental y climática de su sistema alimentario; reforzar su resiliencia; garantizar la seguridad alimentaria frente al cambio climático y la pérdida de biodiversidad, además de liderar una transición global hacia la sostenibilidad competitiva «de la granja a la mesa», aprovechando las nuevas oportunidades.

(26) También se fija el reducir el uso de fertilizantes en al menos un 20% o un 50% las ventas de antimicrobianos para animales de granja y de acuicultura. A todo lo anterior se suma la revisión tanto de la Directiva sobre el uso sostenible de los plaguicidas y mejora de la gestión integrada de plagas, como de los Reglamentos para facilitar productos fitosanitarios que contengan sustancias activas biológicas.

asociación de la circularidad con esta estrategia hay que verla en conjunto, con una implicación de los agentes y una importancia en lo que se refiere al almacenamiento, envasado o la reducción de la pérdida y el desperdicio de alimentos (imagen 5). Así, sobre este último aspecto cabe destacar el compromiso de la Comisión de reducir a la mitad el desperdicio de alimentos per cápita en el comercio minorista y por los consumidores de aquí a 2030 de conformidad con la meta 12.3 de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Este hecho se complementa con toda una serie de medidas como la revisión de las normas de la UE sobre la indicación de fechas (fecha de caducidad y fecha de consumo preferente); el hecho de proponer objetivos jurídicamente vinculantes para reducir el desperdicio de alimentos en toda la UE; la revisión de la legislación sobre materiales en contacto con alimentos para mejorar la inocuidad de los alimentos y la salud pública; o el promover el uso de soluciones de envasado innovadoras y sostenibles que utilicen materiales respetuosos con el medio ambiente, reutilizables y reciclables, y contribuir a la reducción del desperdicio de alimentos (27).

Imagen 5. Economía circular en la nueva estrategia alimentaria.



Fuente: Comisión Europea (2019).

(27) Este aspecto, el de la reducción de desperdicios, debe enlazarse con el nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y competitiva (Comisión, 2020c) en donde, referido a la cadena valor de productos (alimentos, agua y nutrientes), se establece que la Comisión propondrá un objetivo sobre reducción del desperdicio de alimentos como una de las iniciativas esenciales de la Estrategia «de la granja a la mesa».

VI. BIOECONOMÍA SOSTENIBLE Y MODELO CIRCULAR

Cuando se habla de circularidad conviene también contextualizar la misma en el ámbito de la denominada bioeconomía sostenible, en la cual se produce una interconexión entre la economía, la sociedad y el medio ambiente. A este respecto es interesante acudir a la Comunicación de la Comisión de 2018 donde se pueden encontrar las pautas y medidas a emprender de cara a consolidar la misma en el seno de la Unión, actualizando con ello la estrategia de 2012 al respecto.

Lo primero que debe destacarse es qué se entiende por bioeconomía. A este respecto, la Comisión (2012) ya asociaba la misma con una «sociedad más innovadora y competitiva, que utilice con más eficiencia los recursos y en la que se concilien la seguridad alimentaria y el uso sostenible de recursos renovables con fines industriales, asegurando al mismo tiempo la protección del medio ambiente». Pues bien, en la revisión de dicha estrategia se apunta que, para el éxito de este modelo, la bioeconomía europea debe articularse en torno a la sostenibilidad y la circularidad, impulsando con ello la renovación de las industrias, la modernización de los sistemas de producción primaria y la protección del medio ambiente, potenciando asimismo la biodiversidad. Con ello, la biodiversidad se asocia a la modernización y el fortalecimiento de la base industrial de la UE a través de la creación de nuevas cadenas de valor y unos procesos industriales más ecológicos y rentables. En otras palabras, la implantación de una bioeconomía circular sostenible conlleva no sólo una prosperidad económica, sino también un beneficio para el medioambiente.

Otro aspecto importante de esta bioeconomía «sostenible» es que se presenta como el segmento renovable de la economía circular, siendo clave en la transformación de los residuos y fuente de innovación. En este sentido, merece especial atención el foco dado las ciudades, las cuales, se dice, deben convertirse en grandes núcleos de bioeconomía circular en donde los planes de desarrollo urbano circular pueden generar beneficios económicos y medioambientales muy sustanciosos.

El desarrollo de la bioeconomía dentro de la UE se asocia a cinco objetivos como son garantizar la seguridad alimentaria y nutricional; gestionar de manera sostenible los recursos naturales; reducir la dependencia de los recursos no renovables y no sostenibles, tanto de origen interno como procedentes del exterior; atenuar el cambio climático y adaptarse al mismo; y, en último lugar, crear puestos de trabajo y mantener la competitividad europea. Estos objetivos, sin duda alguna, se conexionan con los planteamientos que veremos más adelante en el nuevo Plan de acción para la economía circular. Como digo, el hecho de que se atribuya el adjetivo

de circular a la bioeconomía da cuenta de la importancia e interconexión en los planteamientos al respecto, sirviendo de apoyo la estrategia de bioeconomía a la economía circular.

También de esta estrategia renovada sobre bioeconomía destaca la fijación de tres grandes bloques de acciones que marcan su impulso dentro de la UE y que se conectan con los objetivos anteriormente mencionados. En concreto, son los de reforzar y ampliar los sectores de los bioproductos, movilizándolo las inversiones y los mercados (28); la implantación rápida en toda Europa de las bioeconomías locales; o calibrar los límites ecológicos de la bioeconomía. Acaso de estos bloques, el que llama más la atención es el referido a las bioeconomías locales, articulándose a través del desarrollo de un Plan estratégico de implantación que hace hincapié en los sistemas agropecuarios y de producción de alimentos, la silvicultura y la bioproducción sostenibles. A su vez, se dice que el Plan pondrá énfasis en la importancia de la bioeconomía para el desarrollo de las zonas rurales, costeras y urbanas a través de intervenciones específicas en el marco de la política agrícola común para impulsar las bioeconomías inclusivas en las zonas rurales, proyectos piloto de bioeconomías urbanas (29) o la creación de «laboratorios vivos» para desarrollar y ensayar las innovaciones de implantación local basadas en planteamientos ecológicos y de circularidad en los sistemas de producción primaria y de alimentos.

VII. NUEVO PLAN DE ACCIÓN PARA LA ECONOMÍA CIRCULAR POR UNA EUROPA MÁS LIMPIA Y COMPETITIVA

Con la mirada puesta en el objetivo de neutralidad climática en la UE para 2050 y la base establecida en el Pacto Verde Europeo, la Comisión aprueba en 2020 un nuevo Plan de acción para la economía circular el cual destaca por introducir un conjunto de iniciativas a lo largo de todo el ciclo de vida de los productos, promoviendo la generalización de los procesos de economía circular en los más diversos ámbitos.

Acerca del porqué de la aparición de este Plan, de nuevo se asocia el aspecto del liderazgo de la UE a nivel mundial en la apuesta por la transición

(28) Así, del primer bloque se ha de destacar la necesidad de obtener información fiable sobre el comportamiento medioambiental y poderse aplicar a instrumentos políticos orientados al medio ambiente (por ejemplo, la etiqueta ecológica de la UE y la contratación pública ecológica); la generación y el uso de datos conformes con el método de la huella ambiental de los productos; o la eliminación de los plásticos de los océanos.

(29) Así, se dice que este Proyecto piloto permitirá a diez ciudades europeas conseguir que los residuos orgánicos dejen de ser un problema de sociedad y se conviertan en un recurso valioso para la producción de bioproductos (Comisión, 2018d).

a un nuevo modelo económico, basado en el crecimiento regenerativo y el mantenimiento del consumo de recursos dentro de los límites que encierra el planeta y, con tal fin, «esforzarse por reducir su huella de consumo y duplicar su tasa de utilización de material circular en la próxima década» (Comisión, 2020c). Esa apuesta por una Europa más limpia y competitiva es lo que marca el devenir de las iniciativas introducidas en el documento, tomando como eje esencial la reducción en la producción de residuos («menos residuos, más valor»), garantizándose, eso sí, que la UE disponga de un eficiente mercado interior de materias primas secundarias de alta calidad.

Cinco son los bloques que se pueden identificar en el Plan, dando con ello una visión global de objetivos. En concreto, son los referidos al establecimiento de un marco para una política de productos sostenibles con un empoderamiento de los consumidores y los compradores públicos; acciones sobre cadenas de valor clave que destacan por la utilización de un mayor número de recursos (electrónica y TIC, baterías y vehículos, embalajes, plásticos, textiles, construcción y edificios, alimentos, agua y nutrientes); reducción de residuos; acercamiento de la circularidad a los ciudadanos, las regiones y las ciudades; liderazgo mundial en materia de economía circular.

Respecto al primer bloque, el marco para una política de productos sostenibles parte de un cambio en el diseño de los productos, transitando del modelo lineal (extraer-fabricar-usar-tirar) a otro de tinte ecológico aplicable a la gama más amplia posible de productos y que propicie la circularidad. Para ello se apuesta por la aplicación de principios de sostenibilidad (tabla 3) y el establecimiento de un espacio europeo de datos para aplicaciones circulares inteligentes con datos sobre las cadenas de valor e información sobre productos (30).

(30) Sobre este aspecto, es interesante el inventario de ciclo de vida de productos que recoge a raíz de las reglas sobre huella ambiental sobre productos y organizaciones [*Product Environmental Footprint Category* (PEFCR) y *Organisation Environmental Footprint Sector Rules* (OEFSRs)].

Tabla 3. Principios de sostenibilidad en el diseño de productos.

Mejorar la durabilidad, reutilizabilidad, actualizabilidad y reparabilidad de los productos.
Intensificar la eficiencia de los productos en cuanto al uso de energía y de recursos.
Aumentar el contenido reciclado de los productos sin menoscabo de su rendimiento y su seguridad.
Posibilitar la refabricación y el reciclado de alta calidad.
Reducir la huella de carbono y la huella ecológica.
Limitar el uso de productos de un solo uso y contrarrestar la obsolescencia prematura (31).
Prohibir la destrucción de los bienes duraderos que no hayan sido vendidos.
Incentivar los «productos como servicios» u otros modelos similares en los que los productores conservan la propiedad del producto o la responsabilidad por su rendimiento a lo largo de su ciclo de vida.
Movilizar el potencial de digitalización de la información sobre productos, incorporando soluciones como pasaportes, etiquetado y marcas de agua digitales.
Recompensar a los productos con arreglo a sus diferentes resultados en materia de sostenibilidad, por ejemplo, vinculando las prestaciones de alto nivel a los incentivos.

Fuente: elaboración propia.

Como he señalado anteriormente, en esta política hay una apuesta por el empoderamiento de los consumidores lo cual se traduce en que reciban, en el punto de venta, información fiable y pertinente sobre los productos que incluya datos sobre su vida útil y sobre la disponibilidad de servicios de reparación, piezas de recambio y manuales de reparación. Además, se profundiza sobre la protección de los consumidores contra el «blanqueo ecológico» y la obsolescencia prematura, apostándose por establecer requisitos mínimos para las etiquetas o logotipos de sostenibilidad y las herramientas de información. Otro aspecto importante es que los consumidores puedan acogerse a lo que se denomina «derecho a reparación», es decir, nuevos derechos sustantivos de carácter horizontal para los consumidores, como la disponibilidad de piezas de recambio, el acceso a servicios de reparación y, en el caso de las TIC y la

(31) Acerca de la obsolescencia, se puede hacer referencia a documentos anteriores como la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre una vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas, en donde se recoge aspectos relativos al diseño de productos sólidos, sostenibles y de calidad; el fomento de las posibilidades de reparación y de la vida útil; el garantizar una mejor información del consumidor; medidas sobre obsolescencia programada; o la protección a los consumidores de la obsolescencia de los programas informáticos. En concreto, se pide a la Comisión que proponga, en consulta con las organizaciones de consumidores, productores y otras partes interesadas, una definición a escala de la Unión de la obsolescencia de bienes tangibles y soportes digitales.

electrónica, los servicios de actualización, revisándose además el papel a desempeñar por parte de las garantías y obligando a que las empresas acrediten sus afirmaciones ecológicas utilizando métodos de la huella ambiental (32).

Por otro lado, en el Plan de acción se establece la necesidad de lograr una mayor circularidad en el sector industrial con un conjunto de acciones (33) que han de completarse con el bloque importante de actuaciones referido a las cadenas de valor clave de productos. A este respecto, se diferencian 7 apartados diferentes referidos a electrónica y TIC; baterías y vehículos; embalajes; plásticos; textiles; construcción y edificios; alimentos, agua y nutrientes, sobre los cuales se dice que la Comisión adoptará diferentes medidas (tabla 4). Así, se puede destacar la iniciativa sobre la electrónica circular; la reducción del embalaje excesivo; la especial atención a los microplásticos, además de los bioplásticos y los plásticos biodegradables; las estrategias sobre los productos textiles o para un entorno construido sostenible; o la nueva iniciativa legislativa sobre la reutilización para sustituir los envases, la vajilla y la cubertería de un solo uso por productos reutilizables en los servicios alimentarios (34).

(32) Este primer bloque se completa con una serie de propuestas legislativas, en concreto, propuesta legislativa para una iniciativa sobre una política de productos sostenibles (2021); propuesta legislativa de empoderamiento de los consumidores en la transición ecológica (2020); medidas legislativas y no legislativas que establecen un nuevo «derecho a la reparación» (2021); propuesta legislativa sobre los fundamentos de las afirmaciones ecológicas (2020); criterios y objetivos obligatorios de contratación pública ecológica (CPE) en la legislación sectorial e introducción progresiva de requisitos obligatorios de notificación sobre la CPE (a partir de 2021); revisión de la Directiva sobre emisiones industriales, incluida la integración de las prácticas de la economía circular en los próximos documentos de referencia sobre las mejores técnicas disponibles (a partir de 2021); puesta en marcha de un sistema de notificación y certificación promovido por la industria que facilite la simbiosis industrial.

(33) En concreto, facilitar la simbiosis industrial mediante el desarrollo de un sistema de notificación y certificación promovido por la industria, y posibilitar su puesta en práctica; apoyar al sector de base biológica circular y sostenible mediante la aplicación del Plan de acción para la bioeconomía; promover el uso de tecnologías digitales de localización, rastreo y mapeo de los recursos; promover la incorporación de tecnologías ecológicas gracias a un sistema de verificación concluyente, registrando el sistema de verificación medioambiental de las tecnologías de la UE como marca de certificación de la UE. También se incluye la necesidad de una nueva estrategia para las pymes que fomente la colaboración industrial circular entre pymes a partir de las actividades de formación y asesoramiento en la Red Enterprise Europe sobre colaboración en agrupaciones, y de la transferencia de conocimientos a través del Centro Europeo de Conocimiento sobre Utilización Eficiente de los Recursos.

(34) A todo ello, en el Anexo del Plan se incluye un conjunto de medidas normativas vinculadas a las acciones anteriormente descritas y con una fecha de ejecución. En concreto se trata de la iniciativa sobre la Electrónica Circular, cargador común y sistemas de recompensa a la devolución de dispositivos antiguos (2020/2021); revisión de la Directiva sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos y orientaciones para aclarar sus vínculos con los requisitos de REACH y de diseño ecológico (2021); propuesta de nuevo marco regulador de las baterías (2020); revisión de las

Tabla 4. Economía circular sobre cadenas de valor clave de productos.

<p>Electrónica y TIC</p>	<p>Iniciativa sobre la Electrónica Circular</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dispositivos diseñados con los criterios de eficiencia energética y de durabilidad, reparabilidad, actualizabilidad, mantenimiento, reutilización y reciclado. • Derecho a reparación, que incluye la actualización de software obsoleto. • Introducción de un cargador común. • Sistema de restitución que permita la devolución o reventa de teléfonos móviles, tabletas y cargadores antiguos en toda la UE. • Restricciones en cuanto a las sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos.
<p>Baterías y vehículos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nuevo marco regulador para las baterías • Requisitos de sostenibilidad y transparencia para las baterías • Revisión de las normas aplicables a los vehículos al final de su vida útil.
<p>Envases y embalajes</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Objetivo de que, en 2030, todos los envases existentes en el mercado de la UE sean reutilizables o reciclables de una forma económicamente viable. • Reducción de los residuos del envasado (excesivo), mediante la fijación de objetivos y otras medidas de prevención de residuos. • Impulso del diseño para la reutilización y la reciclabilidad de los envases. • Normas para el reciclado seguro de los plásticos distintos del PET en materiales en contacto con alimentos. • Supervisión rigurosa e impulso de la aplicación de los requisitos de la Directiva relativa al agua potable para ofrecer agua corriente potable en lugares públicos.
<p>Plásticos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proposición de requisitos obligatorios para los contenidos reciclados y medidas de reducción de residuos para una serie de productos clave, como envases, materiales de construcción y vehículos. • Medidas para reducir la basura plástica (restricción de los microplásticos añadidos deliberadamente; desarrollo de medidas de etiquetado, normalización, certificación y regulación de la liberación no intencional de microplásticos). • Aprovisionamiento, etiquetado y uso de bioplástico. • Uso de plásticos biodegradables o compostables. • Oportuna aplicación de la nueva Directiva sobre productos de plástico de un solo uso.

normas relativas a los vehículos al final de su vida útil (2021); revisión de las normas sobre el tratamiento adecuado de los aceites usados (2022); revisión para reforzar los requisitos esenciales aplicables a los envases y para reducir el envasado (excesivo) y los residuos de envases (2021); requisitos obligatorios relativos al contenido de plástico reciclado y a las medidas de reducción de los residuos de plástico para productos clave, como envases, materiales de construcción y vehículos (2021/2022); restricción de los microplásticos añadidos deliberadamente y medidas sobre los microplásticos liberados de forma no deliberada (2021); marco para la política de bioplásticos y plásticos biodegradables o compostables (2021); estrategia de la UE para los productos textiles (2021); estrategia para un entorno construido sostenible (2021); iniciativa para sustituir los envases, vajillas y cubiertos de un solo uso por productos reutilizables en los servicios de alimentación (2021).

<p>Productos textiles</p>	<p>Nuevo marco para los productos sostenibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Apuesta por medidas de diseño ecológico que faciliten la adaptación de los productos textiles a la circularidad, • Incorporación de materias primas secundarias, • Combatir la presencia de sustancias químicas peligrosas y • Empoderar a las empresas y los consumidores para que puedan optar por productos textiles sostenibles y tengan un acceso fácil a la reutilización y a los servicios de reparación. <p>Impulso a la clasificación, la reutilización y el reciclado de productos textiles, con especial atención a la innovación, y fomento de aplicaciones industriales y medidas reguladoras, tales como la responsabilidad ampliada del productor.</p>
<p>Construcción y edificios</p>	<p>Nueva estrategia para un entorno construido sostenible de carácter integra:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Posibilidad de introducir requisitos sobre el contenido reciclado para determinados productos de construcción. • Libros digitales del edificio. • Utilización de la herramienta Level(s) para integrar la evaluación del ciclo de vida en la contratación pública y el marco de la UE para unas finanzas sostenibles. • Revisión de los objetivos de recuperación de materiales fijados en la legislación de la UE para los residuos de construcción y demolición y sus fracciones de materiales específicos • Promoción de iniciativas para reducir el sellado del suelo, rehabilitar solares abandonados o contaminados e impulsar el uso seguro, sostenible y circular de suelos excavados. • Iniciativa «Oleada de renovación»: comportamiento optimizado a lo largo del ciclo de vida y una mayor esperanza de vida de los activos construidos.
<p>Alimentos, agua y nutrientes</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reducción del desperdicio de alimentos • Sustitución de los envases, vajillas y cubiertos de un solo uso por productos reutilizables en los servicios de alimentación. • Reutilización del agua y la eficiencia hídrica, también en los procesos industriales. • Plan integrado de gestión de nutrientes • Revisión de las Directivas sobre el tratamiento de las aguas residuales y los lodos de depuradora. Examen de medios naturales de eliminación de nutrientes, como las algas.

Fuente: elaboración propia.

Sin duda, otros de los aspectos que marca el nuevo Plan de acción para la economía circular es el relativo a los residuos (35). «Menos residuos, más

(35) No debe perderse de vista toda la legislación de la Unión sobre residuos, véase Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos (Directiva marco sobre residuos); Directiva (UE) 2018/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de

valor» es el lema que marca la línea de actuación sustentada en cuatro bloques como son una política de residuos más rigurosa en apoyo de la prevención de residuos y la circularidad, un refuerzo de la circularidad en un entorno sin sustancias tóxicas, la creación de un mercado de materias primas secundarias de la UE eficiente y, en último lugar, una atención especial a las exportaciones de residuos de la UE.

Como acciones importantes en el primer bloque cabe mencionar el propósito de reducir a la mitad la cantidad de residuos urbanos residuales (no reciclados) de aquí a 2030 a lo que se suma la mejora en la aplicación de los requisitos de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor o la propuesta de armonizar los sistemas de recogida separada. También es relevante el aspecto normativo traducido en el hecho de revisar la legislación de la UE sobre baterías, envases, vehículos al final de su vida útil y sustancias peligrosas en aparatos electrónicos a efectos de prevenir residuos, aumentar el contenido reciclado, promover unos flujos de residuos más seguros y limpios, y garantizar un reciclado de gran calidad.

En cuanto a lo relativo al refuerzo de la circularidad en un entorno sin sustancias tóxicas, el Plan apuesta por una transición hacia un modelo de «sustancias químicas seguras desde el diseño» mediante la sustitución progresiva de las sustancias peligrosas. Ello se pretende a través de implementar medidas tales como la modificación de los anexos del Reglamento sobre contaminantes orgánicos persistentes; el desarrollo de metodologías para reducir al mínimo la presencia de sustancias que susciten problemas para la salud o el medio ambiente en los materiales reciclados y los artículos que los contengan; el desarrollo progresivo de sistemas armonizados de seguimiento y gestión de información sobre sustancias identificadas como extremadamente preocupantes y, en particular, las que producen efectos crónicos; o mejoras en la clasificación y gestión de los residuos peligrosos.

El Plan de circularidad también presta especial atención a las materias secundarias, de ahí que haya diferentes medidas al respecto. Entre ellas destaca, por ejemplo, la introducción de requisitos sobre el contenido reciclado en los productos, lo cual puede ayudar a prevenir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de materias primas secundarias, asegurando la expansión fluida del sector del reciclado de la UE. Además, se pueden mencionar otras

envases (Directiva relativa a los envases); Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos (Directiva relativa al vertido de residuos); y Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y la Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

iniciativas centradas en la normalización, el desarrollo de criterios de fin de la condición de residuo vigentes a escala de la UE para determinados flujos de residuos o la creación de un observatorio del mercado para materiales secundarios clave.

Como aspecto final del apartado relativo a recursos, se incluye el hecho de la atención a las exportaciones de residuos de la UE. Del mismo destaca ya no sólo la adopción de medidas para asegurar que la UE no exporte a terceros países sus dificultades en materia de residuos, sino sobre todo la apuesta porque la expresión «reciclado en la UE» se convierta en referencia para los materiales secundarios de calidad. A todo lo anterior se suman diferentes medidas de control como el restringir las exportaciones de residuos que tengan efectos nocivos para el medio ambiente y la salud o la adopción de medidas multilaterales, regionales y bilaterales para luchar contra los delitos medioambientales.

Como ya se ha señalado anteriormente, la economía circular supone un cambio trascendental en la concepción económica, siendo a su vez una herramienta básica en el logro de los objetivos medioambientales de la UE. Además, de ver cómo puede afectar esta situación a los ciudadanos, las regiones y las ciudades (36), el impulso de la circularidad para el logro de estos objetivos conlleva el llevar a cabo diferentes iniciativas transversales que no sólo afectan al ámbito medioambiental (neutralidad climática) (37), sino que incluso también se expande al aspecto económico-financiero y lógicamente al de la investigación, la innovación y la digitalización. Llama la atención el acercamiento de la circularidad al aspecto financiero, el cual se produce a través de diferentes medidas expuestas en el Plan como la integración del objetivo de la economía circular en el Reglamento de taxonomía de la UE, la aplicación de los criterios de la etiqueta ecológica de la UE a los productos financieros, el desarrollo de principios de contabilidad ambiental o la integración de criterios de sostenibilidad en las estrategias empresariales. Además, se señala el hecho de que la Comisión haya propuesto un nuevo recurso propio

(36) La verdad es que el Plan tampoco profundiza mucho en este aspecto salvo en la identificación de diferentes programas económicos de desarrollo. No obstante, sí que cabe mencionar la vinculación hecha de la circularidad con la propuesta de Iniciativa Urbana Europea, la iniciativa sobre los retos de las ciudades inteligentes (*Intelligent Cities Challenge*) o la iniciativa sobre ciudades y regiones circulares (*Circular Cities and Regions*). Además, el Plan señala que la economía circular será una de las áreas prioritarias del Acuerdo de Ciudad Verde.

(37) Como medidas introducidas en el Plan destaca la promoción del papel de la circularidad en las futuras revisiones de los planes nacionales de energía y clima; la mejora de las herramientas de modelización para aprovechar los beneficios de la economía circular desde el punto de vista de la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) a nivel nacional y de la UE o el incentivar el despliegue de la absorción de carbono y la aplicación de la circularidad en este ámbito.

para el presupuesto de la UE basado en la cantidad de residuos de envases de plástico que no se reciclan.

Para finalizar, ya se ha expuesto en diversas ocasiones el deseo de liderazgo de la UE, cuando de circularidad se habla. En este Plan no lo es menos, con un apartado que cierra el conjunto de iniciativas a emprender. En este sentido, se comprueba la circunstancia de que una apuesta en solitario por el modelo económico circular tendría poco sentido, de ahí el apoyo de la UE a una transición mundial hacia una economía circular. Así, se proponen diferentes medidas como un acuerdo mundial sobre los plásticos, una alianza mundial por la economía circular, un acuerdo internacional sobre la gestión de los recursos naturales o el estrechar los vínculos de asociación con África para aprovechar al máximo las ventajas de la transición ecológica y la economía circular.

Completando la Comunicación de la Comisión, conviene también analizar los aspectos más interesantes de la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, a raíz de la nuevo Plan de acción para la economía circular. En esta Resolución, el Parlamento hace un repaso exhaustivo de la importancia de la economía circular no sólo para «reducir la huella ambiental mundial de la producción y el consumo europeos», sino también como garante de una economía competitiva e innovadora con base en unos ecosistemas industriales europeos más resilientes y sostenibles. Resulta relevante el resumen de principios que a su vez sirve como resumen de lo que supone la economía circular (tabla 5) al integrarse este concepto en todas las actividades, incluidas las políticas, los productos, los procesos de producción y los modelos de negocio (Parlamento, 2021). Con todo ello, en la Resolución se intensifica la visión dada por la Comisión en el Plan de acción para la economía circular, en los apartados anteriormente señalados de establecimiento de marco para una política de productos sostenibles, el impulso de la circularidad en las cadenas de valor clave de los productos, la prioridad absoluta en la prevención de residuos, la puesta de la circularidad al servicio de los ciudadanos, las regiones y las ciudades o el liderazgo mundial. Así, de estos bloques se puede destacar la propuesta de objetivos vinculantes de huella material y medioambiental para todo el ciclo de vida del producto; la introducción de pasaportes digitales de producto; el derecho de los consumidores a una información más precisa, armonizada y exacta sobre el impacto medioambiental y climático de los productos y servicios a lo largo de su ciclo de vida, también en términos de durabilidad y reparabilidad; el reforzamiento de la etiqueta ecológica de la UE; la adopción de medidas legislativas para poner fin a las prácticas que dan lugar a la obsolescencia programada; el impulso de la contratación pública ecológica; el desarrollo de infraestructuras de alta calidad de recogida, clasificación y reutilización y reciclado; la importancia de mejorar el acceso a los fondos para proyectos de investigación e innovación sobre la economía

circular; el establecimiento de un sistema de certificación obligatorio para los recicladores de residuos electrónicos a fin de garantizar una recuperación eficaz de los materiales y la protección del medio ambiente; el alcanzar la tasa de recogida necesaria del 90 % de los envases de bebidas de plástico como un paso hacia la creación de un mercado único de envases; una economía circular basada en un marco regulador ecológicamente correcto para evitar posibles efectos tóxicos negativos en los ecosistemas acuáticos; el potencial de una bioeconomía sostenible y de un sector forestal sostenible; la importancia de dar prioridad absoluta a la prevención de residuos, en consonancia con la jerarquía de residuos de la Unión; o la función que una Captura, Almacenamiento y Utilización del Carbono (CAC/U) segura en términos ambientales puede desempeñar para alcanzar los objetivos del Pacto Verde Europeo.

Tabla 5. Principios de la economía circular.

Reducción del uso de energía y recursos
Retención del valor en la economía
Prevención de residuos
Eliminación de residuos, sustancias nocivas y contaminación desde el diseño
Mantenimiento de los productos y los materiales en uso y en ciclos cerrados
Protección de la salud humana
Promoción de los beneficios para los consumidores
Regeneración de los sistemas naturales

Fuente: elaboración propia.

VIII. CONCLUSIÓN

Como se ha comprobado, el nuevo modelo económico circular es actualmente una realidad con su implementación paulatina en los más diversos ámbitos. El Plan de acción ha dado lugar a la materialización de diversas medidas con el objetivo claro de lograr la neutralidad climática en 2050 y convertir la sostenibilidad en el elemento esencial de cualquier política u acción a emprender. No cabe duda de que la aplicación de la economía circular sobre cadenas de valor clave de productos va a generar en los próximos años un auténtico desarrollo de la misma, hecho al que se suma la consideración del residuo como recurso y el enfoque dado a que las palabras «reducir, reutilizar, reciclar, sustituir, preservar» sean tenidas en cuenta en el día a día de los ciudadanos europeos en un marco en el que la transición hacia una economía circular contribuye al aumento de las inversiones, el empleo y la innovación.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2001): «El soft law comunitario». *Revista de administración pública*, núm. 154, pp. 63-94.
- Comisión de las Comunidades Europeas (2005): *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Un paso adelante en el consumo sostenible de recursos: estrategia temática sobre prevención y reciclado de residuos*. Bruselas, 21.12.2005 COM (2005) 666 final.
- Comisión Europea (2010): *Comunicación de la comisión EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Bruselas, 3.3.2010 COM (2010) 2020 final.
- (2011): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos*. Bruselas, 20.9.2011 COM (2011) 571 final.
 - (2012): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una bioeconomía sostenible para Europa: consolidar la conexión entre la economía, la sociedad y el medio ambiente*. Bruselas, 11.10.2018 COM (2018) 673 final.
 - (2014): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa*. Bruselas, 2.7.2014 COM (2014) 398 final.
 - (2015): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*. Bruselas, 2.12.2015 COM (2015) 614 final.
 - (2018): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una estrategia europea para el plástico en una economía circular*. Estrasburgo, 16.1.2018 COM (2018) 28 final.
 - (2018b): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Sobre la aplicación del paquete sobre la economía circular: opciones para abordar la interfaz entre las legislaciones sobre sustancias químicas, sobre productos y sobre residuos*. Estrasburgo, 16.1.2018 COM (2018) 32 final.
 - (2018c): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Sobre un*

- marco de seguimiento para la economía circular. Estrasburgo, 16.1.2018 COM (2018) 29 final.
- (2018d): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una bioeconomía sostenible para Europa: consolidar la conexión entre la economía, la sociedad y el medio ambiente.* Bruselas, 11.10.2018 COM (2018) 673 final.
 - (2019): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. El Pacto Verde Europeo.* Bruselas, 11.12.2019. COM (2019) 640 final.
 - (2019): *De la Granja a la mesa. Pacto Verde europeo.* Diciembre de 2019.
 - (2020): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas. Hacia un entorno sin sustancias tóxicas.* Bruselas, 14.10.2020 COM (2020) 667 final.
 - (2020b): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Estrategia «de la granja a la mesa» para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente.* Bruselas, 20.5.2020 COM (2020) 381 final.
 - (2020c): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva.* Bruselas, 11.3.2020 COM (2020) 98 final.
 - (2021): *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas. Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática.* Bruselas, 14.7.2021 COM (2021) 550 final.
- Ellen MacArthur Foundation (2013): *Towards the Circular Economy: Economic and business rationale for an accelerated transition.* Ellen MacArthur Foundation.
- MAYER, A.; HAAS, W.; WIEDENHOFER, D.; KRAUSMANN, F.; NUSS, P.; BLENGINI, G. A. (de próxima aparición (2018): «Monitoring the circular economy in the EU28 – A mass-balanced assessment of economy wide material flows, waste and emissions from official statistics», *Journal of Industrial Ecology*, vol. 23, núm. 1.
- Parlamento Europeo (2018): *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2018, sobre una estrategia europea para el plástico en una economía circular [2018/2035(INI)].*

- (2020): *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo* [2019/2956(RSP)].
 - (2021): *Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre el nuevo Plan de acción para la economía circular* [2020/2077(INI)].
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J. (2016), «Aproximación jurídica a las medidas de la Unión Europea para la economía circular», *Ambienta*, núm. 117, pp. 36-45.
- (2019): «Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción». *Revista catalana de dret ambiental*. Vol. 10, núm. 1, pp. 1-37.

**DERECHO COMPARADO Y
EXPERIENCIAS INTERNACIONALES**

LOS BANCOS DE MITIGACIÓN EN EE.UU.: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE ESTA FORMA DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL (*)

CARMEN DE GUERRERO MANSO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DIVERSOS MERCADOS DE CRÉDITOS AMBIENTALES EN EE.UU.– III. LOS MITIGATION BANKING: UN CONCEPTO GENÉRICO QUE AMPARA UN MODELO DUAL: 1. Wetland mitigation banking. 2. Conservation banking.– IV. MECANISMOS PARA LLEVAR A CABO LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL– V. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: EE.UU. es el pionero en la implantación de los bancos de mitigación, primero con los *Wetland mitigation banking* y bastantes años después con los *Conservation banking*. Pese a referirse a ámbitos distintos, ambas modalidades tienen en común la búsqueda de no pérdida neta de la biodiversidad, implicando para ello al mercado, cuando el desarrollo de planes o proyectos requieren la generación de daños ambientales permanentes. Su regulación ha ido evolucionando hasta establecerse la preferencia de esta forma de compensación frente a las otras dos posibles vías: *In-Lieu Fee Mitigation* y *Permittee-Responsible Mitigation*. En este trabajo se analizan los orígenes y la evolución de estas formas de compensación ambiental.

Palabras clave: bancos de mitigación; bancos de conservación; biodiversidad; no pérdida neta de biodiversidad; medidas de compensación ambiental.

ABSTRACT: The USA is the pioneer in the implementation of mitigation banks, first with *Wetland mitigation banking* and a few years later with *Conservation banking*. Although they refer to different fields, both modalities have in common the search for no net loss of biodiversity, involving the market for this purpose, when the development of plans or projects requires the generation of permanent environmental damage. Their regulation has evolved to the point of establishing the preference of this form of compensation over the other two possible methods: *In-Lieu Fee Mitigation* and *Permittee-Responsible Mitigation*. This paper analyses the origins and evolution of these forms of environmental compensation.

Key words: mitigation banking; conservation banks; biodiversity; no net loss; environmental compensation measures.

(*) El trabajo se incluye en el proyecto de investigación sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2022 (PGC2018-099237-B-I00).

I. INTRODUCCIÓN (1)

Con carácter general, el desarrollo de planes y proyectos de obras afectan al medio ambiente. Esta afección puede ser de mayor o menor impacto, y también puede ser distinta su duración en el tiempo, puesto que algunos efectos son temporales mientras que otros son permanentes. Esta realidad es universal y para hacer frente a la misma han ido surgiendo diversas alternativas. Una de ellas son los bancos de conservación de la biodiversidad (2) que, de forma muy resumida, pretenden compensar los impactos negativos y perpetuos producidos en el medio ambiente mediante la generación (creación, mejora, restauración o preservación) de nuevos valores ambientales (determinados por extensión del territorio o por unidades poblacionales de especies), a los cuales una agencia u organismo público les asigna un número determinado de créditos ambientales. Estos créditos son vendidos en el mercado, de manera que los promotores pueden adquirirlos al precio que alcancen en ese momento para cumplir con las exigencias de compensación ambiental requeridas para llevar a cabo su plan o proyecto. Conforme a este punto de partida, se pretende respetar la «no pérdida neta de biodiversidad», para lo cual es imprescindible que se cumpla el criterio de adicionalidad, es decir: si se va a destruir o dañar un valor ambiental, resulta indispensable que se genere otro equivalente que, en cierta medida, sustituya lo que se ha dañado. Además será necesario que los nuevos valores se mantengan en el tiempo, obligación que asume el propietario o promotor del banco de conservación. Esta forma de compensar los daños ambientales presenta otro elemento positivo: promueve la participación de la financiación privada mediante la generación de valores ambientales y/o la adquisición de los créditos en los que estos se convierten, dentro de un mercado regulado por organismos públicos.

Al hablar de bancos de conservación de la biodiversidad siempre se recuerda que los Estados Unidos de América (EE.UU.) fueron los pioneros en su implantación (3). Por este motivo, resulta de gran relevancia conocer los orígenes y la actual configuración de esta herramienta establecida como forma de compensar los daños ambientales producidos por el desarrollo de

(1) Para facilitar la lectura, se aportan aquí algunas de las abreviaturas americanas utilizadas en el texto: CDFG, *California Department of Fish and Game*; Corps, *US Army Corps of Engineers*; CWA, *Clean Water Act*; EPA, *United States Environmental Protection Agency*; ESA, *Endangered Species Act*; MOA, *Memorandum of Agreement*; USFWS, *United States Fish and Wildlife Service*.

(2) Terminología usada en España, según lo dispuesto en la DA 8ª de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (en adelante, LEA).

(3) En Europa también son muy tempranas las experiencias de compensación ambiental llevadas a cabo en Alemania. Puede verse un análisis de las mismas en MOREU CARBONELL (2022), quien afirma que en ese país se aplican técnicas de compensación ambiental desde los 70.

determinados planes y proyectos. De esta manera se podrá analizar su grado de éxito y optar por seguir, o no, este modelo.

II. LOS ORÍGENES DE LOS BANCOS DE MITIGACIÓN EN EE.UU.

Los orígenes de esta herramienta de compensación ambiental se encuentran en los bancos de mitigación de los humedales (*Wetland mitigation banking*), los cuales se empezaron a implantar en EE.UU. con el desarrollo de la Sección 404 de la *Clean Water Act* en los años 80. El impulso inicial de su utilización estuvo motivado por la necesidad de evitar la pérdida neta de biodiversidad que se estaba causando en los humedales por el desarrollo de proyectos de obras hidráulicas directas o indirectas, es decir, para desecar suelo para usos urbanísticos, industriales, agrícolas o de infraestructuras de servicios (DURÁ ALEMAÑ 2013:390).

Sin embargo, no es tarea fácil conocer cuál fue la primera experiencia de implantación de los bancos de mitigación de los humedales. BARNARD, HERSHNER y GREINER (1997) sostienen que fue la de *The Goose Creek*, creado en 1982, en Chesapeake (Virginia), por el *Virginia Department of Transportation*. Se trata de un terreno de 10 acres de extensión utilizado para compensar los efectos adversos de la construcción y mantenimiento de una autopista. Por su parte, CUYÁS PALAZÓN (2016) menciona como primera experiencia el banco de mitigación de los humedales Tenneco LaTerre datándolo en 1982. Posteriormente este banco de mitigación se denominó Fina LaTerre, al ser comprado por esta compañía en 1988. Este banco se creó en Louisiana en terrenos que ya eran propiedad de la empresa, con la finalidad de compensar futuros daños generados por sus proyectos de exploración y producción de petróleo y gas. No obstante, otros autores como MEAD (2008: 12), REPERT (1992) o SHORT (1988: 68) datan esta experiencia en 1984, mientras que CLARK, BARRAS y SWAN (1989) afirman que en 1982 se llevó a cabo la preimplementación de este plan, con la monitorización de algunos aspectos específicos del mismo, y su implantación se llevó a cabo en 1985, fecha que también utiliza YATES (1999:597).

Al margen de cuál fuera su primera experiencia práctica, la implantación de los bancos de mitigación fue gradual y durante muchos años no fueron exitosos. Este fracaso inicial ha sido profusamente tratado por la doctrina (DEWEESE, 1994; MARSH, PORTER y SALVESEN, 1996; REDMOND, BATES, BERNARDINO y RHODES, 1996 y GARDNER 1996). Como pone de manifiesto MEAD (2008: 18), la mayoría de los primeros bancos de mitigación fracasaron o proporcionaron valores o funciones ecológicas mucho menores que las necesarias para compensar los impactos que se pretendía compensar con ellos. Un estudio sobre proyectos de creación de humedales en California (DEWEESE, 1994) descubrió que, si bien el objetivo de no perder humedales en términos netos

se cumplía por lo general en un periodo entre tres y cinco años, la verdadera sustitución de la función y los valores en especie de los distintos tipos de humedales creados no era tan exitosa, de manera que, con carácter general, ninguno alcanzó un valor elevado. Por este motivo, se constató una falta de cumplimiento, ya que no se conseguían crear los valores ambientales previstos para la compensación, y una falta de éxito, en el sentido de que las metas y objetivos biológicos trazados no se conseguían conforme a lo que sería adecuado. Junto a ello, también se constató otro factor crítico que impedía lograr la compensación: era necesario considerar el amplio e incierto tiempo preciso para que algunos de los hábitats creados, mejorados o restaurados, alcanzaran una fase adecuada, que les permitiera desempeñar las funciones ambientales propias de esos hábitats y que venían a compensar el impacto o la destrucción de los previamente existentes.

Además, se comprobó que la creación de hábitats de humedales tenía mucho menos éxito que la restauración de este mismo tipo de hábitats (REDMOND, BATES, BERNARDINO y RHODES, 1996). Es decir, costaba mucho más tiempo generar un nuevo hábitat y a este margen temporal había que añadir el tiempo preciso para que las especies se asentaran en estos nuevos hábitats. En consecuencia, los nuevos hábitats no tenían el éxito esperado y eran mucho menos efectivos que otros espacios situados estratégicamente a corta distancia del hábitat existente y previamente ocupado.

Según MEAD (2008:19), las razones de la falta de éxito de los primeros bancos de mitigación son variadas, pero generalmente pueden atribuirse a uno de los siguientes siete motivos, que también pueden darse combinados. En primer lugar, la falta de implementación de la mitigación, es decir, que no se pongan en marcha las medidas necesarias para su aplicación. En segundo lugar, la utilización de lugares de mitigación demasiado pequeños para ser ecológicamente sostenibles. Este es un problema recurrente al tratar de compensar los daños ambientales: si el terreno es pequeño será complicado que se puedan generar en él los valores ecológicos suficientes para compensar el daño causado. En tercer lugar, la ausencia o insuficiencia de gestión del lugar de mitigación. Esta causa requiere poca explicación adicional: si no existe una adecuada gestión de los bancos de mitigación es imposible que estos sean exitosos ya que el simple paso del tiempo no es un elemento suficiente para generar y mantener valores ambientales, sino que es imprescindible la actuación de supervisión y actuación constante en el terreno. En cuarto lugar, la ausencia o insuficiencia de financiación para la gestión a largo plazo del lugar de mitigación. Esta causa está relacionada con la anterior y, de hecho, en muchas ocasiones una deficiente conservación se debe a una insuficiente financiación. Como veremos más adelante, la financiación es un aspecto esencial, ya que los bancos de mitigación se espera que operen a perpetuidad. En quinto lugar, puede causar el fracaso del banco de mitigación la realización

de una ingeniería y/o construcción defectuosa del hábitat, lo cual se aplica tanto en los supuestos de hábitats restaurados como en los creados. En sexto lugar, la ausencia de un plan de contingencia o de financiación para acontecimientos inesperados o infrecuentes, piénsese, por ejemplo, en la necesidad de hacer frente a catástrofes naturales, como pueden ser una inundación o un terremoto, en la aparición de nuevas especies exóticas, o en la producción de un incendio en el terreno donde se ubica el banco de mitigación. En séptimo y último lugar, puede producirse el fracaso del banco por la falta de apoyo al lugar de mitigación por parte de la comunidad, lo que a menudo se traduce en vandalismo incontrolado, uso no autorizado de vehículos todoterreno o vertidos indebidos en ese terreno, por citar tres ejemplos frecuentes.

En todo caso, y desde su configuración, los bancos de conservación de los humedales constituyen un sistema regulado que permite financiar la creación, restauración, mejora e incluso, en algunos casos, la preservación del hábitat presente en un lugar específico, como medio para compensar la pérdida del mismo tipo de hábitat en otros lugares, los que sufren el impacto por un determinado proyecto. El hábitat compensado en el banco de mitigación está representado por créditos ambientales, que se adquieren por los promotores u otros sujetos como forma de compensar los impactos de sus actuaciones. En este diseño resulta esencial la nota de adicionalidad que debe estar presente en estos bancos, ya que los valores ambientales creados, restaurados, mejorados o preservados deben suponer un incremento respecto a los previamente existentes, ya que esa será la única forma de compensar —a perpetuidad— los impactos ambientales producidos.

Junto a los *Wetland mitigation banking*, los *Conservation banking* son una realidad similar, aunque con ciertas características que los diferencian de los bancos de mitigación de los humedales. En esta modalidad se pretenden compensar los impactos adversos sobre las especies en peligro, amenazadas o protegidas en un espacio, el banco de conservación, en el cual los créditos representan individuos o hábitats.

La implantación de los bancos de conservación se hizo esperar una década respecto al funcionamiento de los bancos de mitigación de los humedales. MEAD (2008:9) menciona una primera experiencia llevada a cabo en 1992, *The Coles Levee Ecosystem Preserve* en Kern County, California, que no fue calificada expresamente como banco de conservación, pero en la que sus 6059 acres fueron utilizados por la Atlantic Richfield Company como forma de mitigar los efectos de sus actividades de explotación de petróleo y gas y, posteriormente, se vendieron otros créditos ambientales para mitigar impactos producidos en diversas especies en el Valle de San Joaquín. Esta misma autora expone que el primer banco de conservación habitualmente reconocido como tal es *Carlsbad Highland*, también en California. Este banco fue aprobado

conjuntamente por el *United States Fish and Wildlife Service* (USFWS) y el *California Department of Fish and Game* (CDFG) en abril de 1995.

Antes de avanzar es preciso aclarar que la compensación llevada a cabo mediante los *Wetland mitigation banking* y los *Conservation banking* es sólo el tercer y último paso en la secuencia de acciones que deben seguirse en relación a los daños ambientales, aspecto que también explica su lenta implantación en EE.UU. La sección 404 de la *Clean Water Act* exigía la compensación de los daños ambientales y la aplicación secuencial, según el criterio mantenido por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de EE.UU. (en adelante, EPA, conforme a sus siglas en inglés: *United States Environmental Protection Agency*). Este orden secuencial, que en una primera etapa no era compartido por el Cuerpo de Ingenieros de EE.UU. (*US Army Corps of Engineers*, en adelante, Corps, según su denominación habitual), fue finalmente adoptado en el Memorándum de Acuerdo (MOA según sus siglas en inglés: *Memorandum of Agreement*) de 1990 entre la EPA, y el Corps. En el MOA, estas dos instituciones establecieron por primera vez de manera consensuada que los bancos de mitigación podían proporcionar una compensación aceptable, dentro de los criterios específicos designados para asegurar el éxito ambiental del banco, si bien no publicaron las guías con los criterios específicos hasta 1993 (4).

En el MOA también se consensua entre el Corps y la EPA un proceso secuencial de tres pasos, conocido como la secuencia de mitigación, para ayudar a guiar las decisiones de mitigación y determinar el tipo y el nivel de mitigación requerida en virtud de la Sección 404 de la *Clean Water Act*. De forma muy resumida, estos tres pasos son:

- 1) Evitar: deben evitarse los impactos adversos sobre los recursos acuáticos y no se permitirá ningún vertido si existe una alternativa factible con un impacto menor.
- 2) Minimizar: si los impactos no pueden evitarse, deben tomarse medidas apropiadas y viables para minimizar los impactos adversos.
- 3) Compensar: se requiere una mitigación compensatoria adecuada y factible para los impactos adversos inevitables que permanezcan. La cantidad y calidad de la mitigación compensatoria no puede sustituir el

(4) Para el detalle de los eventos y sucesivos documentos en la historia de los bancos de mitigación y, más específicamente, de los bancos de conservación, véase la útil y sencilla tabla realizada por MEAD (2008: 11-13). En ella se recogen las actuaciones hasta mayo de 2003, cuando se publicó la «*Guidance for the establishment, use, and operation of conservation banks*» del USFWS. Para tener acceso a todos los documentos actualizados es de gran utilidad la página del RIBITS (*Regulatory In lieu fee and Bank Information Tracking System*), desarrollada por el Corps para hacer un seguimiento de las actividades de los programas de bancos de mitigación y de los *in-lieu fee mitigation* en todo Estados Unidos. https://ribits.ops.usace.army.mil/ords/f?p=107:27:11776480823141::NO::P27_BUTTON_KEY:0.

intento de evitar y minimizar los impactos, sino que ésta será siempre la tercera y última opción.

Como se ve, la obligación de aplicar la secuencia de la mitigación supone que sólo se podrá recurrir a la compensación de los daños ambientales en los supuestos en los que no haya sido posible evitar o minimizar previamente los impactos adversos de un plan o proyecto y, en consecuencia, se vayan a producir de forma necesaria dichos impactos adversos de forma permanente en el medio ambiente. Además, en los casos donde era necesario llevar a cabo una compensación de los daños, tanto el Corps como la EPA preferían que se realizara *in situ*. Es decir, que la reparación ambiental se hiciera con el mismo tipo de hábitat y en el mismo lugar o en el espacio más cercano posible al destruido o deteriorado, ya que pensaban que de esa manera aumentaban las posibilidades de compensar el impacto causado. De esta manera, los bancos de mitigación eran una excepción a la regla general.

Con el paso del tiempo se comprobó que esta forma de compensar los daños no siempre era la más adecuada. En este sentido, consideramos especialmente interesante el estudio realizado por la EPA y el Corps en 1994 (5), citado por CUYÁS PALAZÓN (2016), en el cual se demostraba que el éxito de las medidas de compensación dependía, fundamentalmente, de dos factores: el humano, del que depende cómo se haya elaborado el plan, su ejecución y monitorización, la adopción de ajustes y su mantenimiento; y el económico, con especial atención a la inversión para la creación, puesta en marcha y mantenimiento del banco. Así, pese a que esta forma de compensar los daños ambientales producidos por la ejecución de planes y proyectos podía ser muy positiva, la falta de regulación adecuada, la ausencia de control y la escasez de financiación hacían que este sistema fuera un fracaso, hasta el punto de que en 20 años sólo se pusieron en funcionamiento 2 bancos.

En noviembre de 1995, el Corps y la EPA, junto *Natural Resources Conservation Service* (NRCS), *USFWS* y *National Marine Fisheries Service* (NMFS) publicaron *The Federal Guidance for the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks* (6). El objetivo de estas orientaciones es aclarar la forma en que los bancos de mitigación pueden utilizarse para satisfacer los requisitos de mitigación asociados con el programa de permisos de la Sección 404 de la CWA y las disposiciones de conservación de los humedales de la *Food Security Act* (FSA) (es decir, las disposiciones «Swampbuster»). Reconociendo los beneficios potenciales que ofrecen los bancos de mitigación para agilizar el proceso de evaluación de permisos y proporcionar una mitigación más

(5) U.S EPA and U.S Fish and Wildlife Serv. Interagency Follow-Through Investigation of Compensatory Wetlands Mitigation Sites 1, 16 (may 1994).

(6) Federal Register Volume 60, Issue 43 (March 6, 1995).

eficaz de los impactos autorizados en los humedales, las agencias alentaban al establecimiento y el uso apropiado de los bancos de mitigación en los programas de la Sección 404 y «Swampbuster». La guía mantenía la preferencia de compensación *in situ*, pero admitía con mayor flexibilidad la utilización de la compensación externa, tanto cuando la del propio lugar no fuese posible, como cuando resultase preferible ambientalmente. (Por ejemplo, por los efectos negativos de la fragmentación).

Finalmente, y tras la aprobación de diversas guías, regulaciones y normas, en 2008 se llevó a cabo una reforma que supuso el impulso decisivo de los bancos de mitigación (7). Esta reforma supuso una modificación en el orden de preferencias en la compensación, de manera que a partir de ese momento se promueve el recurso a los bancos de mitigación frente a la realización de proyectos de compensación individuales. Más adelante profundizaremos sobre este aspecto.

Más recientemente, en 2019 se ha probado la *Regulatory Guidance Letter* (RGL) 19-01 «*Mitigation Bank Credit Release Schedules and Equivalency in Mitigation Bank and In-Lieu Fee Program Service Areas*», la cual permite tener más créditos disponibles al agilizar la tramitación y liberación de los mismos, concretamente mediante el establecimiento de cronogramas de liberación de crédito para los bancos de mitigación, y la regulación de las áreas de servicio para los bancos de mitigación y los programas *in-lieu fee* (pago a un tercero). Esta agilización no cambia el régimen esencial de funcionamiento de los bancos, según el cual la liberación del crédito está supeditada a que el patrocinador del banco construya con éxito el banco de mitigación de acuerdo con el plan de mitigación aprobado por el Corps y proporcione suficientes garantías financieras de que el banco cumplirá con los estándares de desempeño ecológico aprobados.

De lo dicho hasta el momento se depende que el recurso a los bancos de mitigación, ya sean los específicos de los humedales o los bancos de conservación, supone un incentivo y una oportunidad desde el punto de vista ambiental, ya que aborda la no pérdida neta de biodiversidad cuando los daños ambientales son inevitables y permanentes y, además, promueve la participación de sujetos privados en la defensa y mejora del medio ambiente mediante la realización de la inversión económica necesaria para crear los bancos y generar los valores ambientales necesarios. Así, mediante el recurso a estas herramientas se obtendrán resultados adicionales a los que se lograrían con la utilización exclusiva de recursos y financiación públicas. En este sentido DAILY y ELLISON (2002) defienden la necesidad de producir nuevos incentivos de protección del medio ambiente mediante un cambio en las reglas del juego,

(7) *Compensatory mitigation for Losses of aquatic Resources* 73 Fed. Reg. at. 19, 595.

de manera que el ánimo de lucro, que habitualmente supone un peligro para la conservación de la naturaleza, se convierta en una forma de promoverla y salvarla. Esta manera de entender el medio ambiente y de orientar su protección tiene su fundamento en la comprensión de la naturaleza también desde un punto de vista económico que se puede medir y al que se puede atribuir un valor concreto. Así se logra que la conservación del medio natural no se base exclusivamente en aspectos morales o éticos, sino que tenga también motivaciones económicas.

Conforme a esa perspectiva adquiere un sentido pleno la afirmación de CUYÁS PALAZÓN (2016), según la cual los estadounidenses pusieron en práctica este sistema de protección del medio ambiente «como mejor saben, desde el capitalismo y las leyes del mercado». Efectivamente, los bancos de mitigación son una herramienta que permite implantar el desarrollo sostenible, ya que compatibilizan la protección de la naturaleza con el desarrollo social y económico.

II. DIVERSOS MERCADOS DE CRÉDITOS AMBIENTALES EN EE.UU.

Como hemos visto, es posible potenciar la protección y mejora del medio ambiente mediante la creación de mercados de créditos ambientales que permitan y promuevan la participación de sujetos privados mediante la realización de inversiones.

En EE.UU. existen diversos mercados de créditos ambientales implantados con la finalidad de mitigar los impactos negativos producidos en distintos ámbitos: humedales, especies en peligro de extinción, calidad de las aguas y emisiones de carbono. Este sistema polifacético suscita la cuestión de si es posible que un mismo proyecto de conservación pueda generar créditos ambientales para varios de esos mercados, es decir, una acumulación de créditos en un mismo espacio o como resultado de una misma actividad.

Tal y como exponen FOX, GARDNER y MAKI (2011), un mismo espacio podría, efectivamente, generar créditos de diverso tipo, por ejemplo, porque la rehabilitación de un espacio degradado, mediante la plantación de especies vegetales y otro tipo de actuaciones puede favorecer la anidación y reproducción de especies en peligro de extinción, generando diversos valores o créditos ambientales. Esto es lógico, ya que la realización de acciones positivas de protección o mejora de un aspecto ambiental tendrá un efecto sinérgico positivo en otros ámbitos. Por este motivo, para que los diversos mercados funcionen de manera correcta, es imprescindible determinar de forma adecuada la forma y el momento de vender o transferir esos créditos. Es decir, lograr que cada crédito se venda solo una vez, de manera que realmente se produzca la adicionalidad (búsqueda de un beneficio adicional al medio ambiente que derive en la no pérdida neta de biodiversidad) requerida en estas actuaciones.

Para ilustrar esta situación, los mencionados autores diseñaron una tabla-resumen en la que incorporaron los datos sobre la regulación federal y estatal (normativa, política y guías), los tipos de créditos y las agencias competentes en la aprobación de los créditos ambientales de los mercados de humedales, especies en peligro de extinción, calidad del agua y emisiones de carbono. Pese a tratarse de una publicación del año 2011, esta información es de gran utilidad, ya que permite tener una visión conjunta y comparada de estos mercados y su funcionamiento, por lo que consideramos muy útil reproducirla aquí:

	Wetlands	Endangered Species	Water Quality	Carbon
Underlying U.S. Federal Laws Driving Markets	Clean Water Act (§404)	Endangered Species Act (§7, §10)	Clean Water Act (§303)	Currently none. (Possibly in the future under the Clean Air Act, if greenhouse gas trading is allowed.)
Federal Laws, Regulations, Policies, and Guidance for Environmental Credit Markets	Compensatory Mitigation for Loss of Aquatic Resources	Federal Guidance for the Establishment, Use, and Operation of Conservation Bank	U.S. EPA Water Quality Trading Policy	Currently none
State Laws, Regulations, Policies, and Guidance for Environmental Credit Markets	At least 31 states have wetland mitigation laws, regulations, and/ or policies	California Official Policy on Conservation Banks	Seven statewide trading frameworks in place (CO, ID, MI, OH, OR, PA, VT) with an additional four in development (FL, MD, MN, WV)	Regional Greenhouse Gas Initiative; Western Climate Initiative (program in development); Midwestern Regional Greenhouse Gas Reduction Accord (program in development); Oregon Carbon Dioxide Standard of 1997 (H.B. 3283); California Global Warming Solutions Act of 2006 (AB-32); Washington SB6001 Mitigating the Impacts of Climate Change, 2007.

Commodity (Credit Currency)	A functional or areal measure (such as acres of wetlands) representing the accrual or attainment of aquatic functions at a compensatory mitigation site	Acres of habitat and/or numbers of breeding pairs representing the quantification of species or habitat conservation values within a conservation bank	Pounds of nutrient reductions (e.g., total phosphorus and total nitrogen) or sediment loads. Other pollutants on a case-by-case basis	Offset credits typically represent short tons or metric tons (tonnes) of carbon dioxide equivalent (tCO ₂ e) reductions.
Government Agencies Involved in Credit Approval	Interagency Review Team for federal Clean Water Act credits. Army Corps is chair; other members can be EPA, the FWS, the NRCS, NOAA (specifically, National Marine Fisheries Service), and other federal, tribal, state, and/or local agency representatives	Conservation Bank Review Team. The FWS or NOAA (specifically, National Marine Fisheries Service) is chair; other members can be other federal, state, tribal, and/or local agency representatives	EPA and various state agencies.	Various state agencies. (For voluntary carbon markets, nongovernmental offset standards organizations, including Climate Action Reserve, Voluntary Carbon Standard Association, American Carbon Registry, and Chicago Climate Exchange.)

Como se ve, estos distintos mercados ambientales presentan claras sinergias entre ellos. En consecuencia, lo esencial es establecer políticas y normativas coordinadas que garanticen que los mercados de mitigación ambiental se traduzcan en una compensación real, verificada y adicional, especialmente cuando se trata de créditos acumulados en un mismo espacio o proyecto de conservación.

III. LOS MITIGATION BANKING: UN CONCEPTO GENÉRICO QUE AMPARA UN MODELO DUAL

Los términos utilizados de forma genérica para referirse a los bancos de conservación son muy diversos: Bancos de Hábitat, Bancos de Mitigación, Bio-Bancos, Bancos de biodiversidad o Bancos de conservación de la biodiversidad,

denominación que, como se ha dicho, adoptó el legislador español. Sin embargo, esta pluralidad terminológica no puede llevarnos a confundir las dos modalidades distintas establecidas en el derecho de los Estados Unidos de América (8).

Así, bajo el concepto genérico de los *Mitigation banking* (bancos de mitigación), referido a los instrumentos de compensación de los daños inevitables producidos por los proyectos de desarrollo, se articulan dos modelos distintos, con ciertas características en común: *Wetland mitigation banking* (Bancos de mitigación de los humedales) y *Conservation Banking* (Bancos de conservación). Este último término, *Conservation banking* fue adoptado por la *United States Fish and Wildlife Service* para distinguir los bancos para especies incluidas en la lista federal frente a los bancos de mitigación de humedales (MEAD 2008:16).

Además, dentro de estas categorías hay diversas modalidades o posibles clasificaciones. Así, por ejemplo, siguiendo a CUYÁS PALAZÓN (2016), podemos distinguir tres variedades de bancos de mitigación desde la perspectiva del sujeto encargado de restaurar, establecer, mejorar o preservar el banco de mitigación. En primer lugar, puede tratarse de un propietario único o un banco de un único usuario, especialmente utilizado por grandes empresas o administraciones públicas con visos a compensar los daños generados al medio ambiente a lo largo de varios años. En segundo lugar, pueden ser bancos empresariales. Estos son similares a los anteriores en cuanto a que su creación se lleva a cabo por una empresa, pero difieren de ellos en el objetivo último de dicha creación. En esta modalidad el empresario pretende no tanto compensar una pérdida ambiental, sino generar créditos ambientales en el banco para posteriormente comerciar con ellos. La tercera variedad son los proyectos conjuntos, habituales en el estado de California. En este caso la creación de los bancos no se lleva a cabo por una sola empresa o entidad, sino que es el resultado de un acuerdo entre diversos interesados.

Veamos con más detalle las dos grandes modalidades de instrumentos de compensación ambiental utilizadas en EE.UU.: los bancos de mitigación de los humedales y los bancos de conservación, con especial atención a sus elementos específicos.

1. *Wetland mitigation banking*

Las definiciones dadas por la doctrina y las entidades competentes en la puesta en marcha de los bancos de mitigación de los humedales son múl-

(8) Conviene llamar la atención sobre esta diferenciación ya que en ocasiones tanto los documentos oficiales españoles como la doctrina confunden o asimilan ambas formas de proceder a la compensación de los daños causados al medio ambiente. Véase como ejemplo de esta confusión la Estrategia nacional de infraestructura verde y de la conectividad y restauración ecológicas, página 212 o SÁNCHEZ SÁEZ (2022:184).

tiples (9). Baste ahora con mencionar las establecidas por las dos entidades más relevantes en este ámbito: el Cuerpo de Ingenieros de EE.UU. (Corps) y la Agencia de Protección del Medio Ambiente de EE.UU. (EPA). La elección de estas dos entidades se debe a que tras la aprobación en 1972 de la Sección 404 del *Federal Water Pollution Control Act*, denominada tras la reforma de 1977 *Clean Water Act* (CWA), se otorgó al Corps la competencia sobre la administración diaria del programa de permisos de las actividades reguladas, mientras que se atribuyó a la EPA la competencia para elaborar los criterios ambientales utilizados por el Corps para decidir sobre la atribución de permisos (HOUGH y ROBERTSON 2008).

Así, el Corps define los bancos de mitigación de la manera siguiente:

«A mitigation bank is an agreement between a regulatory agency or agencies (state, federal, or local) and a espónsor which can be a public agency, non-profit organization, or private entity. In a banking instrument, the mitigation espónsor agrees to provide compensation that will be initiated before credits are approved for release by an Interagency Review Team. These credits can then be purchased or used by permittees instead of providing permittee-responsible compensatory mitigation required under the Corps or a state or local aquatic resource regulatory program. The espónsor does a large, ecologically meaningful project for which it can charge the public per credit, or deduct credits if it is a single-user bank for an entity such as a state department of transportation».

Por su parte, la EPA define los bancos de mitigación así:

«A mitigation bank is a wetland, stream, or other aquatic resource area that has been restored, established, enhanced, or (in certain circumstances) preserved for the purpose of providing compensation for unavoidable impacts to aquatic resources permitted under Section 404 or a similar state or local wetland regulation. A mitigation bank may be created when a government agency, corporation, nonprofit organization, or other entity undertakes these activities under a formal agreement with a regulatory agency».

Queremos destacar dos elementos esenciales presentes en ambas definiciones. El primero de ellos es el aspecto material, es decir, la necesidad de que se lleve a cabo una actuación ambiental para compensar los impactos inevitables y autorizados, fruto de la realización de proyectos o permisos de construcción. Estas actuaciones están directamente vinculadas con el principio de que no se produzca una pérdida neta de biodiversidad (*no net loss* conforme a su denominación en inglés), promovido especialmente por la administración

(9) Para una visión global de las definiciones dadas por la doctrina americana resulta de interés CUYÁS PALAZÓN (2016), quien recoge las tempranas definiciones dadas por DEGROVE (1996) y LEDESMA (1994), así como el alcance del término *mitigation* según VELTMAN (1995) y DOUB (2012).

del presidente George H. W. Bush, quien lo lanzó en su campaña de 1988 y posteriormente por la administración de los presidentes Clinton y Bush Jr. (10) Conforme a dicho principio, se lleva a cabo una interpretación amplia de las actuaciones permitidas, siempre desde la perspectiva finalista de lograr compensar los daños generados por la realización de planes y programas (11). Así, se entiende de forma más plena la posibilidad de mejorar, restaurar, crear o incluso en ocasiones preservar valores ambientales de manera que se generen créditos disponibles para compensar los daños causados. Veamos en qué consiste cada una de esas actividades de acuerdo con las definiciones de estos términos otorgadas por la EPA (12).

La mejora («*enhancement*») responde a actividades que aumentan, intensifican u optimizan una o más funciones de los humedales. Estas actividades a menudo se llevan a cabo con un propósito específico, como la mejora de la calidad del agua, el control de las inundaciones o la mejora del hábitat de una especie. Con este tipo de medidas se consigue un incremento de las funciones presentes en los espacios naturales, sin que aumente el número de hectáreas del espacio de que se trate.

La restauración («*restoration*») implica el restablecimiento o rehabilitación de un humedal u otro recurso acuático con el objetivo de devolver las funciones y características naturales o históricas a un humedal anterior o degradado. La restauración puede dar lugar a un aumento de la función del humedal, de su extensión o de ambos aspectos.

El establecimiento o creación («*establishment, creation*») supone el desarrollo de un humedal u otro recurso acuático donde no existía previamente, mediante la manipulación de las características físicas, químicas y/o biológicas

(10) SALZMAN y RUHL (2005) afirman que desde la colonización europea EE.UU. ha perdido la mitad de sus humedales y que gran parte de esa destrucción se ha producido en las últimas décadas. Estos profesores concretan estas pérdidas en unos 60.000 acres anuales, es decir, en torno a 24.281 hectáreas anuales, desde 1999.

Los últimos datos disponibles sobre el estado de los humedales se encuentran en el informe de la EPA «*The National Wetland Condition Assessment 2011: A Collaborative Survey of the Nation's Wetlands*», publicado en mayo de 2016 y disponible en https://www.epa.gov/sites/default/files/2016-05/documents/nwca_2011_public_report_20160510.pdf. En él se pone de manifiesto el cambio real que se está llevando a cabo en relación a la conservación de los humedales en EE.UU., puesto que a nivel nacional el 48% de la superficie de los humedales está en buen estado («*good condition*»), el 20% está en un estado aceptable («*fair condition*») y el 32% restante está en un estado insuficiente o malo («*poor condition*»).

(11) Como pone de manifiesto CONDE ANTEQUERA (2014: 981), el concepto de «neto ambiental» que busca lograrse mediante el instrumento de los bancos de conservación es un concepto importado de la economía.

(12) Estas definiciones se encuentran en la ficha sobre la mitigación compensatoria realizada por la EPA, disponible en https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-08/documents/compensatory_mitigation_factsheet.pdf.

del sitio. Si se consigue la creación de este tipo de espacios naturales, esto supone una ganancia neta de extensión y de las funciones desarrolladas en ellos.

Finalmente, en ciertas ocasiones, es posible proceder a la preservación («*preservation*»), es decir, a la protección permanente de humedales ecológicamente importantes o de otros recursos acuáticos mediante la aplicación de mecanismos legales y físicos apropiados (por ejemplo, servidumbres de conservación o transferencias de títulos). La preservación puede incluir la protección de las zonas altas adyacentes a los humedales, según sea necesario para garantizar la protección o la mejora de los humedales y/o del ecosistema acuático. En todo caso, este tipo de actuaciones no supondrá una ganancia neta en extensión, y sólo podrá recurrirse a ellas en determinadas circunstancias, como cuando los recursos que se van a preservar contribuyan significativamente a la sostenibilidad ecológica de la cuenca.

El segundo de los elementos que queremos destacar de las definiciones apuntadas sobre los bancos de mitigación de los humedales, es la necesidad de que exista un acuerdo formal entre una entidad pública o privada, que será el propietario o espónsor del banco, y una agencia pública, ya que se trata de instrumentos intervenidos en cuanto a la determinación de los créditos ambientales y su equivalencia para llevar a cabo la compensación del daño causado en el medio ambiente por el desarrollo de determinadas actuaciones. No obstante, no existe ese intervencionismo a la hora de fijar el valor económico de cada uno de los créditos del banco de mitigación, una vez generados. Este valor dependerá del precio que alcancen los créditos ambientales en el libre mercado, de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda. Por este motivo, si bien la esencia de los bancos de mitigación es proteger el medio ambiente mediante la compensación de los daños inevitables producidos por determinados proyectos, es cierto que sus espónsores pueden obtener ganancias económicas en la venta de los créditos ambientales, de manera que se genera un incentivo de mercado para que los particulares participen en esta forma de protección ambiental.

Ni la definición del Corps ni la de la EPA hacen referencia a una forma jurídica específica para crear los bancos de mitigación, se limitan a hacer una referencia genérica a la necesidad de que existan acuerdos formales de creación. Esta supuesta indeterminación es lógica, ya que la forma jurídica adecuada en cada caso dependerá de la regulación que exista sobre los bancos de mitigación en cada Estado. Así, el acuerdo inicial de creación de cada banco de mitigación podrá adoptar la forma jurídica de un convenio, un contrato administrativo o incluso un acto administrativo unilateral general, dependiendo de lo que se establezca en la normativa estatal.

2. Conservation banking

Frente a la regulación y las características específicas de los bancos de mitigación de los humedales, los *Conservation banking* se regulan en la Ley de especies en peligro de extinción (en adelante, ESA, por sus siglas en inglés: *Endangered Species Act*).

Los bancos de conservación en Estados Unidos están regulados por agencias gubernamentales estatales o federales. A nivel federal, los bancos de conservación están regulados por el USFWS (para las especies terrestres y de agua dulce y algunos mamíferos marinos) y el Servicio Nacional de Pesca Marina (para las especies marinas y anádromas) (13). El USFWS comenzó a aprobar bancos de conservación a principios de la década de 1990, y en marzo de 2013 se habían aprobado 105 bancos.

La definición dada por el USFWS de los bancos de conservación es la siguiente:

«A conservation bank is a market enterprise that offers landowners incentives to protect species and their habitat. Landowners can profit from selling habitat or species credits to parties who need to compensate for adverse impacts to these species.

Conservation banks are permanently protected lands that contain natural resource values. These lands are conserved and permanently managed for species that are endangered, threatened, candidates for listing, or are otherwise species-at-risk».

Por su parte, el *California Department of Fish and Game* (en adelante, CDFG), Estado donde se llevaron a cabo los primeros bancos de conservación de EE.UU. (14), los define como sigue:

«A conservation or mitigation bank is privately or publicly owned land managed for its natural resource values. In exchange for permanently protecting, managing, and monitoring the land, the bank sponsor is allowed to sell or transfer habitat credits to permittees who need to satisfy legal requirements and compensate for the environmental impacts of developmental projects».

MEAD (2008:16-17) extrae tres elementos comunes de las definiciones dadas de los bancos de conservación por el USFWS y el CDFG. El primero de ellos es la protección y gestión de los terrenos del banco a perpetuidad. La mencionada autora afirma que sin las garantías a largo plazo que ofrece una servidumbre de conservación perpetua, la mitigación no puede compensar realmente los impactos permanentes sobre las especies incluidas en la lista de

(13) «Conservation banking overview and suggested areas for future analysis», DOI Office of Policy Analysis, September 2013. 17 pp.

(14) En abril de 1995 California promulgó la normativa relativa a los *Conservation Banks*, ampliando la herramienta a los ecosistemas y otras zonas protegidas.

especies en peligro de extinción y otras especies en riesgo y sus hábitats. La utilización de otras limitaciones en el uso de la propiedad, como puede ser su inscripción en las escrituras públicas, no son tan vinculantes y efectivas como una servidumbre de conservación y tienden a perderse con el tiempo a medida que cambian los títulos de propiedad.

En relación con este elemento resulta de gran interés el análisis efectuado por GARDNER (2008: 74-75) en el que se cuestiona si las servidumbres de conservación son verdaderamente perpetuas, estudio que se inicia con una afirmación rotunda: «*The law generally discourages permanent limitations on the use of land.*» Así, aunque las servidumbres de conservación están pensadas para durar a perpetuidad, este autor desgana una serie de amenazas que pueden frustrar este objetivo. Las amenazas pueden surgir a través de la aplicación de ciertas normas (leyes de registro), acciones del gobierno (dominio eminente), el ejercicio de derechos superiores (como una hipoteca preexistente) o un cambio en las condiciones del propio banco (el sitio ya no proporciona su valor de conservación previsto). Todas estas amenazas pueden frustrar la protección a perpetuidad de los bancos de conservación.

Por ejemplo, si bien es cierto que las servidumbres de conservación vinculadas al mantenimiento de los bancos deben estar registradas, de manera que se pueda notificar a los posteriores compradores de ese terreno de la existencia de la mencionada servidumbre, es posible que la inscripción no se haya hecho correctamente y, por lo tanto, el titular de la misma no pueda hacerla valer frente a un tercer adquirente de buena fe. Además, la normativa de muchos estados de EE.UU. exige al titular un nuevo registro periódico de la servidumbre de conservación. Así, en el caso de que el titular no lo haga en el plazo establecido puede llegar a declararse la nulidad de la dicha servidumbre.

Además de lo anterior, una servidumbre es un derecho de propiedad y, como tal, puede ser objeto de dominio eminente. GARDNER recuerda que en virtud de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (que se aplica tanto al gobierno federal como a los gobiernos estatales), el gobierno puede tomar la propiedad de una persona para un fin público, como puede ser la construcción de una autopista, siempre y cuando pague una compensación justa al propietario. Cuando el Gobierno adquiere una propiedad por dominio eminente puede extinguir cualquier servidumbre de conservación que hasta el momento pesara sobre ella.

Una servidumbre de conservación puede así mismo ser anulada mediante una ejecución hipotecaria, ya que la venta de la propiedad extinguirá también la servidumbre de conservación. Por consiguiente, al obtener la servidumbre, el titular de la misma debería conseguir una «subordinación hipotecaria» del prestamista para garantizar que la servidumbre de conservación continúe en caso de ejecución hipotecaria.

El cambio de las condiciones del terreno puede amenazar la viabilidad de las especies, pero también podría poner en duda la utilidad de las restricciones vigentes sobre una propiedad inmobiliaria. Así, un propietario podría argumentar que la zona circundante o sus condiciones han cambiado tanto que no tiene sentido seguir cargando con la servidumbre de conservación. Este supuesto es inusual, pero tendría cabida en el caso de bancos de conservación con objetivos muy específicos que queden carentes de utilidad. Piénsese, por ejemplo, en un banco de conservación cuya finalidad sea proteger el hábitat de una especie en peligro de extinción que posteriormente se declare extinta. Si el único objetivo de la servidumbre de conservación era contribuir a la supervivencia de esa especie y ya no existe, sería lógico que el propietario del terreno convenciera al tribunal de que ponga fin a la servidumbre de conservación. Por este motivo es conveniente que las servidumbres de conservación se redacten con fines múltiples.

El segundo elemento destacado por MEAD (2008:16-17) de las definiciones del USFWS y el CDFG apuntadas es la necesidad de financiación requerida para llevar a cabo la gestión a perpetuidad de los terrenos del banco. Esta autora expone una realidad reconocida desde hace tiempo en el ámbito de la biología: para conseguir la conservación de las funciones presentes en un terreno no basta con dejar que el terreno evolucione por sí mismo, sino que resulta necesario llevar a cabo en él una intervención gestionada. Esto es, por ejemplo, realizar actividades de quema, pastoreo, podas, control de especies invasoras, o reparación y sustitución de vallas y señales. Asimismo, será necesario llevar a cabo otras acciones vinculadas con la conservación del terreno, como la elaboración de informes, el pago de impuestos y seguros, etc. Junto a lo anterior, se ha comprobado que es necesario utilizar planes de contingencia y financiación para hacer frente a amenazas inesperadas o poco frecuentes, como pueden ser una nueva invasión de especies exóticas, una inundación o un incendio. Por este motivo es imprescindible contar con fondos para sufragar los costes de este tipo de actuaciones.

En este sentido, un claro problema para el correcto desarrollo de los bancos de conservación es la declaración de concurso de acreedores de su propietario o espónsor. Para evitar esta situación las cuentas de dotación deben contar con fondos adecuados para su mantenimiento, supervisión y gestión a perpetuidad. Siguiendo a TERESA (2008: 154), y de forma muy resumida, podemos establecer cuatro aspectos esenciales sobre los que se articula la garantía de financiación adecuada de los bancos de conservación. El primero es documentar de forma correcta las tareas asociadas a la gestión a largo plazo del banco de conservación y cuantificar sus costes. El segundo, reservar una dotación suficiente para pagar esos costes, teniendo en cuenta, además, los efectos de la inflación. En este sentido es conveniente permitir que las ONG inviertan en estos fondos, de manera que la dotación siga siendo

adecuada a lo largo del tiempo. No obstante, será conveniente establecer normas y directrices estrictas para estas inversiones, y articular una supervisión constante de los organismos reguladores. El tercer aspecto consiste en integrar los documentos, hacer un seguimiento de las ventas a crédito a través de un fideicomiso y proporcionar a los organismos públicos los medios para hacerlos cumplir rápidamente. El cuarto y último, requiere hacer un seguimiento del éxito general de la compensación, mediante el uso de bancos de conservación, de la pérdida de especies y hábitats que se pretende remediar.

Esas obligaciones vinculadas con la correcta financiación de los bancos de conservación recaen directamente sobre el propietario o espónsor del banco, pero resulta asimismo necesario que las agencias reguladoras ejerzan una supervisión rigurosa de este deber, independientemente de que los promotores sean entidades con ánimo de lucro o no. Además, será de gran utilidad para evitar la declaración de concurso de acreedores y la consiguiente falta de financiación de los bancos de conservación, que se especifique un cotitular o un titular de reserva en caso de que la entidad con responsabilidad principal tenga dificultades (GARDNER 2008: 78). El propio acuerdo de creación del banco de conservación debería prever quién asumirá la obligación de seguir protegiendo los valores ambientales del terreno en caso de que falle su inicial titular.

El tercer elemento común de las definiciones de banco de conservación destacado por MEAD (2008:16-17) es la actividad mercantil vinculada a los bancos de conservación. Se trata de una actividad incluida en el libre mercado que permite la venta, la compra o el comercio en general de hábitats y/o especies, convertidos en créditos ambientales. Estos créditos serán concedidos por agencias públicas a los propietarios o espónsores de los bancos, quienes podrán negociar con ellos y venderlos a otros sujetos o entidades que deban mitigar impactos de un proyecto producidos sobre el mismo tipo de recurso natural en otro lugar. Al tratarse de un mercado, para que funcione correctamente es necesario que exista tanto oferta como demanda. Los créditos de los bancos de conservación son la recompensa económica que ofrecen las agencias públicas al propietario o espónsor que se compromete a conservar, proteger y gestionar el hábitat a perpetuidad. La demanda de estos créditos está impulsada por el desarrollo y la aplicación de leyes o políticas medioambientales que exigen una mitigación compensatoria de los impactos adversos sobre estos mismos tipos de recursos naturales en otros lugares. Los precios del mercado se basan en lo que los compradores están dispuestos a pagar. Como los bancos de conservación son voluntarios, los precios tienen un límite: es poco probable que los compradores paguen más de lo que les costaría proporcionar la mitigación necesaria por su cuenta.

En línea con lo anterior, coincidimos con GARDNER (2008:76) cuando afirma que, en cierto sentido, un banco de conservación vende créditos, que

pueden cuantificarse en «acres de hábitat adecuado, o número de individuos o parejas reproductoras de la especie apoyada por el banco». Pero en realidad, lo que vende el propietario o espónsor del banco de conservación es la liberación de la responsabilidad legal en virtud de la ESA. Así, una vez comprados los créditos ambientales correspondientes, el promotor de la actuación que produce un impacto inevitable, negativo para el medio ambiente, deja de ser responsable del éxito de la compensación. Mediante la venta de los créditos, el propietario o espónsor del banco de conservación será el nuevo responsable de la mitigación.

IV. MECANISMOS PARA LLEVAR A CABO LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Como hemos apuntado, cuando se vaya a realizar un plan o proyecto de construcción, será preciso respetar la secuencia de mitigación, según la cual se intentará, en primer lugar, evitar la producción de impactos adversos al medioambiente, en segundo lugar, minimizar dichos impactos, adoptando para ello medidas apropiadas y viables y, sólo en tercer y último lugar, cuando existan impactos adversos inevitables y permanentes, se procederá a la mitigación compensatoria mediante la generación de créditos ambientales.

Una vez determinada la necesidad de llevar a cabo la mitigación compensatoria, existen tres modalidades o mecanismos distintos para ponerla en práctica. Uno de ellos son los bancos de mitigación y los otros dos son los «*Permittee-Responsible Mitigation*» y los «*In-Lieu Fee Mitigation*». En función de qué modalidad se utilice, la responsabilidad de lograr los resultados de la mitigación radicará en sujetos distintos.

Los bancos de conservación, como sabemos, son áreas cuyos valores ambientales han sido mejorados, restaurados, creados o incluso, en ocasiones, preservados, de manera que se han generado créditos ambientales disponibles para compensar los daños causados por los proyectos de construcción. En sentido estricto y en función del hábitat o especie que se pretenda proteger o compensar podrán ser bancos de mitigación de humedales o bancos de conservación. Los créditos pueden adquirirse por los titulares de permisos de explotación o de proyectos de desarrollo en un banco aprobado por el organismo regulador y adecuado para la especie o el hábitat que se deba compensar. El valor de estos créditos se determina cuantificando las funciones de los humedales o los hábitats o la dimensión de terreno afectado.

El propietario o espónsor del banco de conservación asume la responsabilidad del éxito de la compensación. Los bancos de mitigación se realizan *off-site*, es decir, en un lugar distinto del que sufre los impactos y no es inmediatamente adyacente a él. Como ha quedado dicho, tras las últimas reformas,

la normativa federal establece una preferencia flexible para utilizar los créditos de un banco de mitigación frente a los demás mecanismos de compensación.

Por su parte, la *permittee-responsible mitigation* se corresponde con la mitigación llevada a cabo por el titular del permiso de construcción o explotación, directamente o a través de terceros proveedores. Es decir, esta modalidad implica que el promotor del proyecto, que ha obtenido el permiso para desarrollarlo, implemente las actividades de compensación requeridas a través de un programa de mitigación específico o individual, ya sea en ese mismo sitio o fuera de él. En este caso el titular del permiso será el responsable del éxito de la mitigación, independientemente de quién realice el trabajo.

La tercera posibilidad es la *in-lieu fee mitigation*. En este caso el titular del permiso paga a un fondo de compensación aprobado por una agencia y que puede ser gestionado tanto por una agencia pública como por una organización sin ánimo de lucro, para que lleve a cabo las actuaciones de compensación requeridas. Así, la cantidad pagada se corresponderá con el coste estimado de las actividades necesarias para llevar a cabo la mitigación.

Por lo general, los patrocinadores o gestores de estos fondos recaudan dinero de diversos titulares de permisos con el fin de reunir los recursos financieros necesarios para posteriormente construir y mantener el sitio de mitigación. La compensación se llevará a cabo en un sitio distinto de donde se haya producido el impacto negativo para el medio ambiente y, a diferencia de los bancos de mitigación, habitualmente se producirá después de la generación de dicho impacto. Por este motivo, la opción de la *in-lieu fee mitigation* sólo se utiliza si es apropiada para la especie o el hábitat y no es posible recurrir a otras modalidades de compensación. En todo caso, la responsabilidad del éxito de la mitigación corresponderá al promotor o gestor del fondo.

Es preciso apuntar que pese al tratamiento separado de estas tres modalidades de compensación ambiental es posible que en la práctica concurren de forma combinada, con la finalidad de lograr de forma efectiva la mitigación exigida en cada caso.

En la siguiente tabla, realizada en 2013 por la *DOI Office of Policy Analysis* (la traducción de la tabla es nuestra), puede verse una comparación de las diferentes opciones de mitigación, de manera que se proporciona información importante para analizar la oferta y la demanda de las tres modalidades de proceder a la compensación ambiental en EE.UU.: bancos de mitigación (en este caso específico se analizan los *Conservation banks*), *Permittee-responsible mitigation* e *In-lieu fee mitigation* (15). En el análisis se comparan diversos

(15) La tabla original en inglés se encuentra en el documento «CONSERVATION BANKING OVERVIEW AND SUGGESTED AREAS FOR FUTURE ANALYSIS», DOI OFFICE OF

aspectos de gran relevancia: el tipo de comprador, si la compensación se debe llevar a cabo de forma anticipada o no, el carácter perpetuo de las obligaciones, el grado de eficiencia ecológica de cada modalidad, los incentivos que existen para llevar a cabo la conservación de la biodiversidad, las eficiencias económicas, la exigencia o no de servidumbres de conservación permanentes y de fondos de dotación, la existencia de controles de ejecución y el nivel de complejidad administrativa de su implantación.

	Opciones de mitigación		
	Banco de conservación	Permittee responsibility	In-lieu fee program
Compradores	Públicos y privados	Públicos y privados	Públicos y privados
Transferencia de responsabilidad	De los promotores del proyecto a los espónsores o propietarios del banco, quienes estarán obligados a conservar y mantener los terrenos a perpetuidad.	La responsabilidad radica en el promotor del proyecto.	La responsabilidad se transfiere del promotor del proyecto al espónsor del <i>in-lieu fee program</i> .
Mitigación anticipada	La mitigación de los bancos se produce antes de los impactos, reduciendo los riesgos ecológicos de fracaso.	La mitigación suele producirse al mismo tiempo que la ejecución del proyecto.	La mitigación se lleva a cabo después de los impactos del proyecto. Sin embargo, el <i>in-lieu fee program</i> puede incluir un impulso inicial en la mitigación o <i>jump-start</i> .
Gestión a perpetuidad	La protección y gestión del hábitat de los bancos gestión no termina. Tras vender todos los créditos ambientales, el espónsor o propietario del banco deberá gestionar de forma permanente ese terreno para las especies protegidas.	La mitigación en forma de hábitat permanente debería tener el mismo nivel de exigencia que los bancos de conservación. En la práctica esto puede ser difícil de lograr debido a las ineficientes economías de escala de un solo proyecto.	La mitigación en forma de hábitat permanente debe tener el mismo nivel de exigencia que en los bancos de conservación.

POLICY ANALYSIS, septiembre de 2013, páginas 4-6. Se puede acceder al documento en: https://www.conservationfund.org/images/cln_events-resources/CB_Webinar_Series_2020/Webinar-1/Resources/DOI_Office_of_Policy_Analysis-CB_Overview_DOI-Sept2013.pdf.

Eficiencia ecológica	Los bancos, que generalmente conservan y gestionan grandes extensiones de hábitat de alta calidad con conectividad a otros lugares preservados, tienen más probabilidad de recuperar especies.	La mitigación llevada a cabo en un solo proyecto generalmente no es ecológicamente eficiente o sostenible a largo plazo, con la excepción de los proyectos de gran impacto que proporcionan grandes espacios de mitigación.	Los <i>in-lieu fee program</i> recaudan fondos de múltiples proyectos para realizar esfuerzos de conservación a gran escala en el paisaje, de forma similar a los de conservación, pero deben tener en cuenta efectos ecológicos del desfase temporal entre la ejecución del proyecto y la implementación de la mitigación.
Incentivos para la conservación	Los bancos crean incentivos para que los empresarios y otras personas conserven y protejan el hábitat.	Algunos proyectos pueden ofrecer incentivos a terceros que busquen contratos de proyectos de mitigación.	Los <i>in-lieu fee program</i> ofrecen incentivos a terceras partes que busquen contratos de proyectos de mitigación.
Eficiencia económica	La compra de créditos de bancos de conservación existentes generalmente reduce tiempo y costes para los proponentes del proyecto en comparación con llevar a cabo su propia mitigación dentro o fuera del emplazamiento afectado.	Los proyectos pequeños generalmente no pueden proporcionar una mitigación que sea económicamente eficiente. Los proyectos muy grandes pueden, por lo general, competir con las eficiencias económicas que proporcionan los bancos y los <i>in-lieu fee program</i> .	Los <i>in-lieu fee program</i> pueden ser económicamente eficientes si los costes administrativos son razonables.
Servidumbre de conservación permanente	Sí, u otro instrumento equivalente de protección del terreno que sea adecuado para la propiedad de la tierra.	Se deberían exigir servidumbres permanentes, pero en la práctica puede ser difícil encontrar titulares de servidumbres para sitios de mitigación pequeños.	Sí, u otro instrumento equivalente de protección del terreno que sea adecuado para la propiedad de la tierra.
Fondo de dotación	Sí	Sí u otro mecanismo de financiación equivalente. Sin embargo, en la práctica es difícil de conseguir. La falta de economías de escala puede aumentar el coste por acre para la gestión y el seguimiento de sitios de mitigación pequeños.	Puede ser un requisito del programa, o no.

Medidas de rendimiento, control de ejecución	Sí	Sí, pero pueden ser relajadas o puede que no se apliquen bien por la falta de economías de escala en sitios de mitigación pequeños o por la falta de personal de la agencia disponible para controlar el cumplimiento de estas medidas.	Sí
Complejidad administrativa	Existen economías de escala en los requisitos de revisión, aprobación, supervisión y aplicación del USFWS. Los bancos suelen requerir menos tiempo que la revisión de una multitud de medidas de mitigación individuales <i>in situ</i> y <i>ex situ</i> .	Varía en función del tamaño y la complejidad de los proyectos individuales, y de la adecuación de la mitigación propuesta por el promotor del proyecto. Cada proyecto requiere una negociación independiente.	Los <i>in-lieu fee program</i> suelen beneficiarse de las mismas economías de escala que los bancos de conservación.

Del análisis de estos datos se deduce que no siempre se llevará a cabo el mismo tipo de compensación, sino que hay factores clave que determinarán la opción por una u otra de las tres modalidades: bancos de mitigación, *Permittee responsibility* o *In-lieu fee program*. En función de la modalidad elegida, cambiarán aspectos tan relevantes como la persona responsable de lograr la compensación del daño causado, la exigencia de que haya un fondo de dotación o la forma de llevar a cabo el control del desarrollo de las medidas implementadas.

En todo caso es preciso tener en cuenta que para generar un banco de mitigación será necesario considerar diversos aspectos ecológicos (BOONIE y WILCOVE 2008), legales (GARDNER 2008), regulatorios (HILL 2008), empresariales (DENISOFF 2008) y financieros (TERESA 2008), además de resultar imprescindible el acuerdo formal de creación. Tanto los bancos de mitigación de los humedales como los de conservación requieren el establecimiento de un acuerdo formal entre uno o más organismos reguladores (por ejemplo, Army Corps of Engineers, U.S. Fish and Wildlife Service, NOAA Fisheries) y el espónsor o propietario del banco. Este espónsor o propietario del banco puede ser una agencia gubernamental, una corporación, un propietario privado, una organización sin ánimo de lucro o una tribu que asumirá la responsabilidad de las actividades de restauración, creación, conservación o, incluso, preservación, asociadas al banco. Posteriormente, los valores ambientales generados se convertirán en créditos, que son unidades de medida que representan la consecución

de la función o los servicios de los recursos acuáticos o la conservación de especies/hábitat en el lugar del banco. El número de créditos asociados a un determinado banco varía y se determina teniendo en cuenta el estado del hábitat, el tamaño de la parcela, la ubicación y otros factores. Los créditos pueden definirse de varias maneras, entre ellas: 1) un acre de hábitat para la especie, 2) la cantidad de hábitat necesaria para mantener una pareja reproductora, 3) una unidad de humedal con sus tierras altas de apoyo, u 4) otra medida de hábitat o su valor para la especie (16). Finalmente, estos créditos se venderán a precio de mercado permitiendo así una vía adicional de lograr la compensación de los daños causados.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El desarrollo sostenible exige tratar de evitar la producción de daños en el medio ambiente y, si eso no es posible, minimizar los impactos negativos generados. Sin embargo, en muchas ocasiones no es posible evitar los daños y, pese a tratar de minimizarlos, esos daños son ineludibles, de cierta gravedad y permanentes. En estos casos adquiere todo su potencial la compensación de los impactos negativos producidos, mediante la generación de nuevos valores ambientales equivalentes a los que se han deteriorado o exterminado. Los bancos de mitigación en EE.UU., con sus dos modalidades de *wetland mitigation banking* y *conservation banking* vienen a garantizar, en cierta medida, que esa compensación se lleve a cabo de forma efectiva.

Así, en un primer momento, y amparados en la *Clean Water Act*, se implantaron los bancos de mitigación de los humedales, con la intención de revertir el estado de degradación en el que habían quedado estos ecosistemas tras la realización de múltiples programas y proyectos. Bastantes años más tarde se configuraron los bancos de conservación con la finalidad de compensar los daños producidos en otros hábitats y en las especies, bancos regulados a través de la *Endangered Species Act*.

Desde sus inicios, y tras más de una década de fracaso, estas herramientas de compensación ambiental están adquiriendo una gran relevancia en EE.UU., la cual se pone de manifiesto por las mejoras conseguidas en el estado de conservación de los humedales u otros hábitats y especies protegidas y en la proliferación de bancos (17). No son herramientas exentas de riesgos, por lo

(16) U.S. Fish and Wildlife Service. 2012. Conservation Banking: Incentives for Stewardship. Disponible en http://www.fws.gov/endangered/esa-library/pdf/conservation_banking.pdf.

(17) Puede verse la información actualizada de estos bancos en la página web de RIBITS <https://ribits.ops.usace.army.mil/ords/f?p=107:158:11776480823141::NO> También puede

que resulta esencial atender, tanto en su creación como en su funcionamiento, a diversos aspectos ecológicos, legales, regulatorios, empresariales y financieros. Entre ellos son especialmente importantes la determinación de los valores ambientales presentes en el terreno y el mantenimiento a perpetuidad de los valores generados.

Sin embargo, consideramos que una correcta implementación de los mismos tiene múltiples ventajas, especialmente la posibilidad de comprar valores ambientales ya generados, lo que garantiza en gran medida el éxito de la compensación, y la posibilidad de que participen particulares, de manera que se consigue financiación privada en defensa del medio ambiente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARNARD, Thomas A. Jr.; HERSHNER, Carl H. and GREINER, Megan (1997): «The Oldest Operating Wetland Mitigation Bank in the U.S.A. Review of the Goose Creek Wetland Bank in Chesapeake, Virginia; It's Development and Utilization», en *Technical Report Wetlands Program*, No. 97-7.
- BONNIE, Robert y WILCOVE, David S. (2008): «Ecological Considerations», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. 53-67.
- CLARK, D. R. BARRAS, John A. y SWAN, M. (1989): *Land loss and habitat change in the Fina LaTerre Mitigation Bank Management Plan from 1984 to 1988 using classified landsat satellite imagery with a comparison between earlier classification and photointerpreted digital data*, National Wetlands Research Center (U.S.).
- DE GROVE, John (1996): «Foreword», en MARSH, L.; PORTER, D. & SALVESEN, D. (Dirs.), *Mitigation Banking Theory and Practice*, Island Press, Washington DC.
- DE GUERRERO MANSO, M^a Carmen (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, en esta REVISTA, Monografía XVI, Zaragoza, pp. 85-114.
- DEWEESE, June (1994): «An Evaluation of Selected Wetland Creation Projects Authorized through the Corps of Engineers Section 404 Program», en *Report by the US Fish and Wildlife Service*, mayo 1994, USFWS, Sacramento.

verse un cuadro comparado entre diversos países que han implementado los bancos de conservación (EE.UU., Australia, Alemania, Reino Unido, España, Francia y Colombia), en https://www.terrasos.co/_files/ugd/cfa1dc_8fecbcc139cf463b85b7f09a46604bb8.pdf?index=true.

- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014): «La compensación de los impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, vol. I, pp. 979-1005.
- CUYÁS PALAZÓN, M^o Mercedes (2016): «Los bancos de compensación ambiental o mitigation banking (MB) en el ordenamiento estadounidense, ¿un modelo a importar?», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 179, julio-septiembre 2016, pp. 335-368.
- DAILY, Gretchen C. y ELLISON, Katherine (2002): *The New Economy of Nature: The Quest to Make Conservation Profitable*, Island Press, Washington DC, 2002. 260 pp.
- DENISOFF, Craig (2008): «Business Considerations», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. 109-125.
- DOUB, J. Peyton (2012): *The Endangered Species Act. History, Implementation, Successes and Controversies*, CRC Press. NW 2012.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier (2013): *La custodia del territorio y sus nuevas técnicas para la conservación del patrimonio natural, el paisaje y la biodiversidad: un invento norteamericano y su expansión al resto del mundo*. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Alcalá de Henares, septiembre 2013.
- «Conservation banking overview and suggested areas for future analysis», *DOI Office of Policy Analysis*, September 2013. 17 pp.
- FOX, Jessica; GARDNER, Royal C. y MAKI, Todd (2011): «Stacking Opportunities and Risks in Environmental Credit Markets», en *Environmental Law Reporter*, Environmental Law Institute Washington, DC, 41(2), 10121-10125.
- GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 297-330.
- GARDNER, Royal C. (2008): «Legal Considerations», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. Pp. 69-87.
- GARDNER, Royal C. (1996); «Banking on Entrepreneurs: Wetlands, Mitigation Banking and Takings», en *Iowa Law Review* Vol. 81, pp. 527-587.
- HILL, Susan (2008): «Regulatory Considerations», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading*

- Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. 89-107.
- HOUGH, Palmer; ROBERTSON, Morgan (2008): «Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means», en *Wetlands Ecology and Management*, Springer Science, DOI 10.1007/s11273-008-9093-7.
- LEDESMA, Michael G. (1994): «A Sound of thunder: Problems and Prospects in Wetland Mitigation Banking», en *Columbia Journal Environmental Law*, Vol. 19 (1994), pp. 497-506.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2018): «La trayectoria española de los bancos de conservación», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, en esta REVISTA, Monografía XIX, Zaragoza, pp. 57-73.
- MARIN ENRÍQUEZ, Óscar Efrén (2021): «Los bancos de conservación en España y su estado actual» *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 111, Sección «Artículos doctrinales», 34 pp.
- MARSH, Lindell L., PORTER, Douglas R. y SALVESEN, David A. (1996) «Introduction and overview», en MARSH, L. L., PORTER, D. R. and SALVESEN, D. A. (eds): *Mitigation Banking: Theory and Practice*, Island Press, Washington DC, pp. 1-14.
- MEAD, Deborah L. (2008): «History and Theory: The Origin and Evolution of Conservation Banking», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. 9-31.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2022): «La compensación ambiental en Derecho Alemán», en esta REVISTA.
- REDMOND, Ann, BATES, Terrie, BERNARDINO, Frank y RHODES, Robert M. (1996): «State mitigation banking programs: The Florida experience», en MARSH, L. L., PORTER, D. R. y SALVESEN, D. A. (eds): *Mitigation Banking: Theory and Practice*, Island Press, Washington DC, pp. 54-75.
- REPPERT, Richard (1992): *National Wetland Mitigation Banking Study: Wetland Mitigation Banking Concepts*, United States Army Corps of Engineers, Institute for Water Resources, Alexandria, VA, USA. IWR Report 92-WMB-1.
- SALZMAN, James y RUHL, J.B. (2005): «“No Net Loss” – Instrument Choice in Wetlands Protection» en *Duke Law School Science, Technology and Innovation Research Paper Series; Research Paper No. 1, September 2005*.
- SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José (2022): «Novedades y retos actuales del patrimonio natural» en Tolivar Alas, L.; Huergo Lora, A. y Cano Campos, T. (Dirs.): «El patrimonio natural en la era del cambio climático», *Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Oviedo

- 3-5 de febrero de 2022; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 169-194.
- SHORT, Cathleen (1988): *Mitigation banking, Biological report 88(41)*, Fish and Wildlife Service, U.S. Department of the Interior, July 1988, 103 pp.
- TERESA, Sherry (2008): «Financial Considerations», en *Conservation & Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading Systems*, Carrol, N., Fox, J. y Bayon, R. (Eds.). Earthscan, London-Sterling, VA. 298 pp. 127-155.
- U.S. Environmental Protection Agency Office of Wetlands, Oceans and Watersheds Office of Research and Development Washington, DC 20460 «National Wetland Condition Assessment 2011: A Collaborative Survey of the Nation's Wetlands», EPA-843-R-15-005 May 2016, 119 pp.
- VELTMAN, Virginia C. (1995): «Banking on the future of Wetland Using Federal law», en *Northwestern University Law Review*, Vol. 89 (1995), pp. 654-657.
- YATES, Kathrin Ellen (1999): «Wetlands Mitigation and Mitigation Banking in Louisiana» en *Louisiana Law Review*, Vol. 59, Number 2, pp. 591-622.

LA COMPENSACIÓN ECOLÓGICA EN FRANCIA, ENTRE EL RECONOCIMIENTO NOTABLE Y LOS INTERROGANTES RECURRENTES

HUBERT ALCARAZ

Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y los países del Adour,
miembro del Institut d'études ibériques et ibérico-américaines
(CNRS UMR DICE 7318)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CONSOLIDACIÓN INCOMPLETA DEL CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA: 1. Un diseño integral. 2. Una base normativa consolidada.– III. LA APLICACIÓN IMPERFECTA DE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA: 1. La definición parcial de las modalidades de aplicación de la compensación. 2. La formación sin precedentes de un mercado de compensación.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En contra de la creencia popular, la compensación ecológica existe en el ordenamiento jurídico francés desde hace unos cuarenta años. Sin embargo, es sobre todo a partir de 2016 cuando se ha ido concretando, además de consagrarse efectivamente en la ley. Al imponer la obligación de obtener resultados, dentro de la secuencia «Evitar, Reducir y Compensar», la ley pretende crear una «oferta de compensación», en particular mediante la creación de sitios naturales de compensación. Sin embargo, a pesar de todos estos avances y de las numerosas disposiciones legislativas y reglamentarias dedicadas a la noción de compensación y a sus modalidades de aplicación, quedan muchos interrogantes.

Palabras clave: medio ambiente; biodiversidad; compensación ecológica; banco de compensación; oferta de compensación; sitio de compensación natural.

ABSTRACT: *Contrary to popular belief, ecological compensation has existed in the French legal system for some forty years. However, it is particularly since 2016 that it has been increasingly concretised, at the same time as an effective normative consecration. By imposing an obligation to achieve results, within the «Avoid, Reduce, and Compensate» sequence, the law intends to create a «compensation offer», in particular through the creation of natural compensation sites. Nevertheless, despite all these advances and the numerous legislative and regulatory provisions devoted to the notion of compensation and its implementation methods, many questions remain.*

Key words: *environment; biodiversity; ecological offset; offset bank; offset offer; natural offset site.*

I. INTRODUCCIÓN

Las cifras son abrumadoras: tanto si se trata de especies amenazadas como, más ampliamente, de biodiversidad, el hombre ha logrado la hazaña de degradar su entorno en proporciones sin precedentes y provocar una extinción masiva de especies en sólo unas décadas. En este contexto apocalíptico se cuestiona la legitimidad de las medidas compensatorias, así como su contenido y alcance. A partir de ahora, la recuperación de la biodiversidad y la lucha contra el cambio climático parecen absolutamente inseparables para garantizar la preservación del medio ambiente. Sin embargo, cuando se trata de la protección de los hábitats naturales en Francia, rápidamente surgen debates y controversias que acompañan a cualquier cambio de normativa. De entrada, hay que señalar que el ordenamiento jurídico francés apenas utiliza los términos «bancos de conservación» o «bancos de compensación». Prefiere el término «compensación ecológica». El término, además de abarcar sin duda una realidad más amplia, no está exento de segundas intenciones «militantes». Sin ignorar este debate semántico y conceptual, al que volveremos, conviene, en esta fase, situar el marco de una preocupación que viene de lejos y cuyas primeras herramientas, sobre todo normativas, aparecieron en Estados Unidos a mediados de los años 70.

En general, Francia está obligada por numerosos compromisos internacionales y europeos en materia de protección de la biodiversidad (1) y la cuestión de la indemnización por daños ambientales no es un concepto nuevo en la legislación francesa. De hecho, está consagrado desde la ley de 10 de julio de 1976 sobre la protección de la naturaleza (2). En efecto, mientras que sus artículos 3 y 4 prohíben la destrucción de especies protegidas, su artículo 2 introduce el principio según el cual los estudios preliminares de los proyectos susceptibles de perjudicar al medio ambiente deben incluir un estudio de impacto que contenga, en particular, «las medidas previstas para eliminar, reducir y, si es posible, compensar las consecuencias perjudiciales para el medio ambiente».

(1) En términos de derecho internacional general, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992 y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 3 de marzo de 1973 (CITES) son especialmente relevantes. A nivel de la Unión Europea, existen numerosas directivas en este ámbito, como la directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, la directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, y la directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, que se refleja en los planes directores de aprovechamiento y gestión del agua (SDAGE), por citar sólo tres ejemplos.

(2) Ley nº 76-629 de protección de la naturaleza.

El tríptico «Evitar, Reducir, Compensar» (ERC), que hoy constituye el núcleo del mecanismo de protección ecológica, apareció así en el ordenamiento jurídico francés hace poco más de 40 años. Sin embargo, la frase «si es posible» que aparece en la ley implica que la compensación sólo se aplica si es posible, lo que debilita la eficacia de la herramienta. Sin embargo, este tríptico y el principio de compensación iban a encontrar un eco en la legislación europea, en particular en dos famosas directivas: la directiva «Habitats» de 1992 y la directiva «Aves» de 2009 (3). Así, la directiva «Habitat» de 1992 somete a los sitios Natura 2000 a una evaluación de impacto. Unos años más tarde, en 2006, Francia se ajustó a este texto, que autorizaba excepciones a la estricta prohibición de afectar a las especies protegidas por el anexo IV de dicha directiva. La excepción que permite que las especies protegidas se vean afectadas en el contexto de proyectos de desarrollo está consagrada en la ley, a cambio de la aplicación de medidas de compensación (4).

De hecho, varias disposiciones de la Carta Constitucional del Medio Ambiente han reforzado al mismo tiempo la posición del principio de compensación ecológica, en particular con la consagración del principio de prevención de los daños al medio ambiente (5) o del principio de reparación, contenido en su artículo 4 (6). Sin embargo, la realidad de la aplicación concreta del principio parecía requerir más para tener mayor fuerza y alcance. Este era uno de los principales objetivos de la ley de 2016 para la reconquista de la biodiversidad (7). El objetivo general es lograr la «no pérdida neta» de biodiversidad (8), lo que ilustra la preocupación por intensificar la aplicación de la compensación ecológica en los últimos diez años. Desde este punto de vista, el objetivo de la compensación ecológica es contrarrestar los daños a la biodiversidad causados por el desarrollo de infraestructuras y planificar planes y programas para lograr la «no pérdida neta» de biodiversidad (9).

(3) También se encuentran, más recientemente, en la directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y en la directiva 2014/52/CE, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(4) Ley nº 2006-11 de 5 de enero de 2006 sobre la orientación agrícola.

(5) Artículo 3: «Toda persona debe, en las condiciones definidas por la ley, prevenir los daños que pueda causar al medio ambiente o, en su defecto, limitar sus consecuencias.

(6) «Todos deben contribuir a reparar los daños que causan al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley.

(7) Ley nº 2016-1087 para la reconquista de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes.

(8) Para utilizar la fórmula anglosajona *no-net loss*.

(9) COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2012: p. 1-9.

En general, hoy se entiende que la compensación ecológica debe integrarse lo antes posible en el diseño de un plan, programa o proyecto (ya sea en la elección del proyecto, su ubicación o incluso en la consideración de su conveniencia), para que tenga el menor impacto posible en el medio ambiente. Así, la compensación ecológica debe situarse en su contexto o en su marco general, que es, sobre todo, el de la secuencia de evitación, reducción y compensación de los impactos ambientales. En otras palabras, la legislación francesa prevé ahora una forma de priorización para proteger el medio ambiente y la biodiversidad. Todo proyecto o plan susceptible de afectar al medio ambiente debe pasar por tres etapas: primero, la de evitación de impactos, luego la de reducción y, por último, la de compensación de los impactos residuales del proyecto, plan o programa si las dos etapas anteriores no los han eliminado. En otras palabras, si el tríptico «Evitar, reducir, compensar» es la base para conciliar la protección de la biodiversidad, el desarrollo económico y la ordenación del territorio, es la última etapa de este tríptico, es decir, la compensación propiamente dicha, la que será objeto de atención aquí. Aunque la compensación ecológica está cada vez más consagrada en la legislación y se ha ido concretando mediante la inclusión de medidas de compensación en el panorama procedimental de los proyectos sometidos a evaluación ambiental, la proliferación de normas y prácticas no ha extinguido todas las críticas ni ha eliminado todos los interrogantes que plantean tanto su consolidación (I) como su aplicación (II).

II. LA CONSOLIDACIÓN INCOMPLETA DEL CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA

Aunque se ha dicho que la compensación ecológica apareció ya en 1976, «permaneció durante mucho tiempo como un objeto jurídico no identificado o mal identificado» (10). Después de algunos estudios dispersos, que desde el principio señalaban la incertidumbre del concepto y sus ambigüedades, e incluso sus peligros potenciales (11), la visión que prevalece hoy en Francia es muy amplia y global, ya que abarca todas las cuestiones medioambientales (aire, ruido, agua, suelo, salud pública, etc.) para proteger la biodiversidad. En este contexto, el concepto de indemnización previa por daños a la biodiversidad se ha ido desarrollando progresivamente (1), al tiempo que se ha consolidado su base normativa (2), sin que por ello se hayan eliminado todas las ambigüedades.

(10) J. G. MARTIN, 2016: p. 604.

(11) M. PRIEUR, 1981: p. 103; en la misma línea, con respecto a la decisión del Consejo de Estado francés de 27 de noviembre de 1985: J. UNTERMAIER, 1986: p. 381. Este autor consideró que «compensar es destruir mientras se pretende proteger».

1. Un diseño integral

«Hay dos maneras de “reparar lo vivo” cuando ha sido dañado. La responsabilidad es la herramienta más común, ya que consiste, para el autor del daño, en restablecer la situación a su estado inicial, es decir, en borrar el daño causado. La indemnización es el otro remedio, más inusual en la tradición jurídica, ya que acepta que el daño se cometa si la persona que lo inflige puede reproducir, en otro lugar, un bien de valor equivalente» (12). No se pueden decir mejor las cosas y no se pueden sintetizar mejor los defectos casi congénitos de los que es portadora la compensación.

Sin entrar en un debate ético, cabe señalar que lo que llama la atención de inmediato sobre la compensación previa de los daños a la biodiversidad en el contexto de los proyectos de desarrollo es que la cuestión se ha construido, desde el principio, a caballo entre el derecho ambiental y el derecho económico, ya que el tema en cuestión implica tanto la protección del medio ambiente como las preocupaciones económicas. Tanto es así que hoy en día no se puede llevar a cabo ningún proyecto sin prestar especial atención a los impactos ambientales y a los medios para mitigarlos y/o compensarlos. La idea que subyace a cualquier proyecto de desarrollo es tratar de anticipar las consecuencias de los daños futuros. Así, según el artículo L. 163-1 del Código del Medio Ambiente, la finalidad de las medidas de compensación de la biodiversidad es «compensar, en función de su equivalencia ecológica, los daños previstos o previsibles causados a la biodiversidad por la realización de un proyecto u obra, o por la puesta en marcha de actividades o la ejecución de un plan, esquema, programa u otro documento de planificación».

Se confirma así la idea, formulada ya en 1976, según la cual en la legislación francesa hay que compensar las obras, estructuras y desarrollos que requieren un estudio de impacto. Sobre todo, prevalece aquí el concepto de que las medidas de compensación deben estar vinculadas al principio de prevención y corrección de los daños ambientales. En otras palabras, la ley de 2016 no considera la compensación como un principio autónomo del derecho ambiental, al contrario de lo que se pensó durante un tiempo (13). Sin embargo, la compensación está cada vez más presente tanto en el derecho ambiental como en el derecho urbanístico. Y, sin duda, habría merecido vincularse, o al menos tener sus vínculos claramente identificados, con otras medidas de indemnización, esta vez específicas para la reparación del daño, es decir, interviniendo *a posteriori*, ya no preventivas sino reparadoras (14),

(12) B. GRIMONPREZ, 2017: p. 682.

(13) P. STEICHEN, 2009: p. 143.

(14) Las medidas de reparación tienen lugar en el contexto de la aplicación de un régimen de responsabilidad (civil, penal o administrativa) para reparar el daño, principalmente mediante la restauración del sitio dañado.

como ocurre en el ámbito de la responsabilidad medioambiental (15) o en el de la indemnización por daños ecológicos (16).

Aunque hay que celebrar su presencia y su difusión cada vez más amplia, lo cierto es que la compensación no es el primer paso en la construcción del enfoque, ya que la ley establece una forma de priorización. Priorización porque la compensación es parte de un todo y, más precisamente, al final de un proceso de tres etapas: primero, las etapas de evitar los impactos ambientales, luego de reducirlos. Por último, la compensación de los impactos residuales del proyecto, plan o programa si las dos etapas anteriores no han permitido eliminarlos. Desde este punto de vista, la compensación debe aplicarse, de forma proporcionada a los temas en juego, a todo tipo de planes, programas y proyectos en el marco de los procedimientos de autorización administrativa (estudio de impacto o estudio de impacto temático, Natura 2000, especies protegidas, etc.). Tiene lugar antes de un plan o proyecto autorizado por las autoridades públicas y pretende anticiparse a las consecuencias de futuros daños. A diferencia de las medidas de reducción, las medidas de compensación se aplican, en principio, en otro sitio (17). En otras palabras, la compensación sólo se aplicará si las demás medidas no han sido suficientes por sí solas para eliminar el daño medioambiental. Esta forma de subsidiariedad marca así la concepción que el ordenamiento jurídico tiene de la indemnización previa. A este respecto, el Ministerio de Ecología se preocupa de subrayar que «cuando sea necesario y posible», los impactos negativos significativos de los proyectos y programas en el medio ambiente deben compensarse (18).

Esto significa que, como tercer paso en la secuencia «evitar, reducir y compensar», se utiliza la compensación ecológica cuando no se pueden evitar o reducir los impactos sobre la biodiversidad causados por proyectos, planes o programas. A continuación, deben aplicarse medidas de compensación para generar ganancias al menos iguales a las pérdidas generadas. Esto significa que si, tras la aplicación de las medidas de evitación y reducción, quedan impactos residuales, la compensación ecológica sigue siendo la última posibilidad para cumplir el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad. Puede concebirse entonces como una operación para compensar los daños, que no pueden evitarse ni reducirse, que un proyecto causa al medio ambiente, mediante medidas destinadas a restaurar, o incluso crear, en otros sitios, las funciones y entornos ecológicos perdidos.

(15) Artículo L. 161-1 y siguientes del Código de Medio Ambiente.

(16) La ley de 2016 consagró por primera vez la indemnización por daños ecológicos en el Código Civil; ahora se incluye en los artículos 1246 y siguientes.

(17) En general, véase M. LUCAS, 2015.

(18) COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2021.

El mismo ministerio lamenta que la evitación se descuide con demasiada frecuencia, «a pesar de que es la mejor manera de prevenir los daños a la biodiversidad» (19). Es evidente que el planteamiento, al subrayar la importancia de esta etapa, no da prioridad a la compensación, sino que la considera un último remedio, la tercera y última secuencia del tríptico. Además, vincular las tres etapas dentro del mismo paquete «ERC» significa correr el riesgo de ver la compensación como una especie de solución de segundo orden, es decir, como una forma de evitar la obligación de evitar y/o reducir los daños ambientales. La administración evaluará la utilidad de un proyecto verificando el cumplimiento global de estas obligaciones, mediante un enfoque que, al postular la unidad de la secuencia «ERC», no jerarquiza los tres elementos del tríptico. Algunos autores también han señalado este «defecto» o riesgo de «deriva» que sólo podría haberse evitado desvinculando «la fase de 'compensación' de los dos primeros elementos de la secuencia», lo que habría permitido evaluar la regularidad de un proyecto o programa una vez realizadas las medidas de evitación y mitigación (20). De este modo, la aceptabilidad del proyecto se habría examinado en relación con los daños residuales al medio ambiente, es decir, en relación con los daños residuales al medio ambiente, que serían los únicos que habría que compensar. Así, la indemnización habría seguido siendo realmente una medida de reparación de los daños residuales.

Así pues, sean cuales sean las valoraciones, reservas o dudas, ahora existe un consenso sobre la definición de compensación. Las medidas de compensación se definen generalmente como «acciones ecológicas que permiten compensar las pérdidas de biodiversidad debidas a proyectos de desarrollo, cuando el promotor no ha podido evitar o reducir estas pérdidas» (21). Por lo tanto, no cabe duda de que la compensación es un componente del tríptico «ERC» aplicado en el contexto de proyectos de desarrollo o construcción de cierta envergadura. También es indudable el reconocimiento que ha recibido en la legislación francesa en los últimos años.

2. Una base normativa consolidada

En cuanto a la compensación, el objetivo declarado es evitar una pérdida neta de biodiversidad —a veces denominada equivalencia ecológica— o incluso ganar en biodiversidad. En efecto, para ser precisos, el artículo L. 163-1-I, párrafo 2, establece que «las medidas de compensación de los daños a la biodiversidad tienen por objeto evitar una pérdida neta, o incluso una

(19) *Ibid*, p. 3.

(20) G. J. MARTIN, 2016: p. 607.

(21) COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2021: p. 7.

ganancia, de biodiversidad. Deben dar lugar a una obligación de resultados y ser eficaces durante toda la duración del daño. No pueden sustituir a las medidas de evitación y reducción». Los términos utilizados son especialmente notables y la obligación de respetar la secuencia «evitar, reducir y compensar» para cualquier proyecto que afecte a la biodiversidad y a los servicios que ésta proporciona está ahora consagrada en la ley. Si la secuencia de evitar, reducir y compensar no se aplica satisfactoriamente, el proyecto no puede autorizarse tal cual. Esta es una de las aportaciones esenciales de la ley del 8 de agosto de 2016 para la recuperación de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes (22). En esencia, se trata de una obligación para los promotores que destruyen espacios naturales de compensar sus molestias con medidas que favorezcan la biodiversidad.

Sin embargo, en Francia, las medidas de compensación no tienen la misma fuerza, según se apliquen para compensar daños a la biodiversidad protegida o a la biodiversidad ordinaria (23). De hecho, en la legislación francesa existe una forma de «biodiversidad protegida», es decir, mejor protegida, por decirlo de forma sencilla, cuya obligación de compensación se deriva del derecho de la Unión Europea y está vigente desde hace unos treinta años. Para entenderlo, hay que situarse en el contexto, que es el de las zonas de especial protección para las aves y las zonas de especial conservación de los hábitats naturales que componen la red de protección europea llamada Natura 2000, y que representan zonas de biodiversidad protegida. En la legislación francesa, esta red agrupa las zonas de protección especial y las zonas de conservación especial, que aparecieron con la transposición de la directiva «Hábitats» de 1992. En este contexto, si hay riesgo de dañar un sitio de la red Natura 2000, es decir, si el análisis del proyecto muestra que puede tener efectos nocivos significativos, durante o después de su ejecución, el expediente debe contener una declaración de las medidas que se adoptarán para eliminar o reducir esos efectos nocivos. Cuando los efectos negativos persisten después de estas medidas de evitación o reducción, el expediente de evaluación debe exponer también las soluciones alternativas que pueden preverse, así como los elementos que permiten justificar la realización del proyecto, es decir, la demostración de razones imperiosas de interés público superior y la propuesta de medidas compensatorias. El artículo L. 414-4 del Código del Medio Ambiente establece la obligación de demostrar razones imperiosas de interés público de primer orden y medidas de compensación cuando las medidas de evitación y reducción no consigan por sí solas eliminar todos los efectos negativos del proyecto en un sitio Natura 2000.

(22) Ley nº 2016-1087 para la reconquista de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes, *prec.*

(23) P. STEICHEN, 2019: p. 707 y ss.

Además, si el sitio de la zona Natura 2000 contiene también un hábitat o una especie prioritaria, deben justificarse razones de salud o seguridad pública, o deben demostrarse beneficios medioambientales significativos, o, según el dictamen de la Comisión Europea, deben demostrarse otras razones imperiosas de interés público de primer orden. Por lo tanto, sólo si se superan estos dos obstáculos —la demostración de la ausencia de una solución alternativa y la demostración de un interés público superior— las medidas compensatorias deben «permitir una compensación efectiva y proporcionada con respecto al deterioro de los objetivos de conservación del sitio o sitios de Natura 2000 afectados y el mantenimiento de la coherencia global de la red Natura 2000» (24).

Fuera de las zonas Natura 2000, es decir, cuando se trata de la biodiversidad ordinaria, la ley prohíbe los daños a los hábitats y a las especies animales y vegetales protegidas, pero sólo si figuran en las listas de especies protegidas, y ello independientemente del lugar donde se encuentren. Además, es posible establecer una excepción a esta prohibición por «razones imperiosas de gran interés público, incluidas las de carácter social o económico». Para ello debe cumplirse una doble condición, que consiste, por un lado, en que «no exista otra solución satisfactoria» y, por otro, «que la excepción no perjudique el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies afectadas en su área de distribución natural» (25). Desde este punto de vista, fuera del ámbito de la biodiversidad protegida, es decir, en el ámbito de la biodiversidad ordinaria, la protección y, con ella, la compensación de hábitats y especies, parecen menos rigurosas y, por tanto, potencialmente menos eficaces. Sin embargo, la ley de 8 de agosto de 2016 para la reconquista de la biodiversidad ha transformado considerablemente el panorama de las medidas de compensación al crear un régimen común para todo este tipo de medidas (26).

El nuevo principio establecido por la ley es notable. Es una base común sobre la que se pueden basar los diferentes tipos de medidas compensatorias. En cuanto al ámbito de aplicación del nuevo sistema, sin establecer una obligación general e indiferenciada de compensación, el Código del Medio Ambiente, en su artículo L. 163-1, prevé ahora que las medidas de compensación sean obligatorias por un texto legislativo o reglamentario. En otras palabras, las medidas de compensación sólo son obligatorias si se han previsto en un texto, por un lado, y para compensar los «daños previstos o

(24) Artículo R. 414-23, IV, 2° del Código del Medio Ambiente.

(25) Artículo L. 411-2, 4° del Código del Medio Ambiente.

(26) Sin embargo, la ley de 2016 no menciona el hecho de que las medidas de compensación también pueden adoptarse en el contexto de la reparación de daños, ya sea en el marco de la responsabilidad medioambiental o del régimen de responsabilidad civil.

previsibles a la biodiversidad» causados por la realización de un «proyecto», «actividades» o la ejecución de un plan, esquema, programa u otro documento de planificación», por otro. A partir de ahora, las modalidades de compensación están definidas por la ley y recogidas en esta disposición del Código del Medio Ambiente, sin que por ello se eliminen todas las ambigüedades, esta vez en cuanto a su aplicación.

III. LA APLICACIÓN IMPERFECTA DE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA

Si bien la consagración de la obligación de compensación es notable, la obligación de resultados que la ley establece en este ámbito no deja de suscitar interrogantes, al igual que la noción de ganancia de biodiversidad (27). ¿Cómo se evaluará el cumplimiento de la equivalencia ecológica y la ausencia de pérdida neta de biodiversidad? No hay nada muy preciso en la normativa francesa, en concreto en la ley de 2016, que se limita a decir que «las medidas de compensación se aplican de forma prioritaria en el sitio dañado o, en todo caso, en sus proximidades para garantizar sus funcionalidades de forma sostenible». En cuanto a la obligación de obtener resultados, se trata probablemente de una concesión al lenguaje cotidiano más que de una referencia al concepto jurídico riguroso del derecho de las obligaciones. Como se ha señalado, no parece que se trate de volver al «*statu quo ante*», sino sólo de «aplicar la reparación menos mala del daño» (28). De tal modo que la definición de las modalidades de aplicación de la compensación (1), así como la formación del mercado indispensable para esta aplicación (2), siguen siendo incompletas.

1. La definición parcial de las modalidades de aplicación de la compensación

Una vez establecida la noción de compensación, se plantea la cuestión de cómo compensarla en la práctica. El abanico de medidas a aplicar no está limitado: puede corresponder a trabajos de restauración de entornos o especies (reintroducción de especies, refuerzo de poblaciones), a operaciones de gestión (conservación y/o restauración), a procesos inmateriales (formación o sensibilización de los usuarios o gestores del sitio, financiación de tesis) e incluso a operaciones de protección (por ejemplo, creación de una reserva natural) o a la compra y protección de entornos comparables.

(27) A. VAN LANG, 2016: p. 588 y siguientes.

(28) G. J. MARTIN, 2016: p. 610.

Sin embargo, aparte de estos pocos ejemplos, la ley ofrece en realidad una alternativa entre tres opciones: las medidas pueden ser aplicadas directamente por el propietario del proyecto, o contratando a un «operador de compensación», o adquiriendo unidades de compensación en el marco de un «sitio de compensación natural». Esta última posibilidad es una de las innovaciones más importantes de la ley. Veamos cada una de ellas por un momento. En primer lugar, la persona sujeta a la obligación de compensación puede cumplirla directamente, es decir, asegurarse la propiedad de un terreno en el que aplicaría las medidas de compensación. En cualquier caso, al tratarse de una indemnización, los terrenos en cuestión no deben estar demasiado alejados del sitio de los daños medioambientales causados por el proyecto, ya que el artículo L. 163-1-II del Código del Medio Ambiente dispone que «las medidas de indemnización se aplicarán prioritariamente en el sitio dañado o, en cualquier caso, en sus proximidades». Este primer método de aplicación es, por tanto, especialmente delicado de realizar, como se puede imaginar, y poco frecuente en la práctica, dadas las limitaciones que impone al operador para ser eficaz.

En segundo lugar, la persona obligada a indemnizar puede entonces preferir, como permite la ley, confiar «por contrato, la ejecución de estas medidas a un operador de compensación», una persona pública o privada encargada de ejecutarlas «en nombre de esta persona y de coordinarlas a largo plazo» (29). En este caso, el artículo 163-2 del Código del Medio Ambiente precisa que el «contrato celebrado con el propietario y, en su caso, con el arrendatario o el operador, define la naturaleza de las medidas de compensación y sus modalidades de aplicación, así como su duración». Finalmente, se ofrece una última opción, quizá la más destacada: el deudor de la obligación de compensación puede optar por adquirir «unidades de compensación en el marco de un sitio natural de compensación», es decir, recurrir a un profesional o a un especialista en compensación que habrá producido, en sus propios sitios, un valor ecológico traducido en unidades de compensación, es decir, valores negociables que pueden adquirirse para cumplir la obligación de compensación. A este respecto, los sitios naturales de compensación son definidos por el código como «operaciones de restauración o desarrollo que pueden ser emprendidas por personas públicas o privadas para aplicar medidas compensatorias de forma anticipada y mutualizada».

Es decir, la ley de 2016 crea esta nueva fórmula de sitios naturales de compensación, aprobada por el Ministerio y acompañada de la creación de la condición de operador de compensación ecológica. La adquisición de unidades de compensación ecológicamente equivalentes de un sitio natural de

(29) Artículo 163-1-III del Código del Medio Ambiente.

compensación es una nueva posibilidad que ofrece la ley. Según el principio de la «oferta de compensación», dado que los promotores tienen dificultades para adquirir, restaurar y gestionar espacios naturales como compensaciones, sobre todo a largo plazo, es necesario anticiparse a la demanda creando un stock permanente de compensaciones (o proyectos de compensación) que estos promotores puedan comprar, a veces en forma de unidades de biodiversidad, en lugar de encargarse ellos mismos de su ejecución. Aunque es notable, esta posibilidad no elimina toda la incertidumbre, e incluso genera alguna; en particular, hay que señalar que estas unidades de compensación deben crearse, obviamente, en un sitio situado cerca del proyecto que causó el daño y que deben corresponder, en la naturaleza y sobre el terreno, a las obligaciones de compensación impuestas al iniciador del proyecto.

Así pues, este último método, por extraordinario que sea, plantea sin embargo cuestiones recurrentes sobre la aplicación de la obligación de indemnizar y, más concretamente, sobre la evaluación de las indemnizaciones que deben concederse, su durabilidad y su eficacia. Desde este punto de vista, la primera dificultad es la elección del terreno adecuado. Además, ¿se comprará o alquilará? ¿Por quién? ¿Y qué pasará con él al final del periodo de compensación necesario para el proyecto? Todas estas son cuestiones que no están reguladas por los textos. Este es también el caso de la duración de la compensación; según el código medioambiental, mientras exista el proyecto de desarrollo o la actividad que requiere medidas de compensación, estas medidas deben continuar. En otras palabras, las medidas de compensación deben continuar mientras dure el daño, es decir, mientras continúe el trabajo o la actividad que las requirió. Por lo tanto, la duración del contrato debe estar en consonancia con esta limitación. Sin embargo, si no es así, es difícil decir qué consecuencia debe extraerse o, más exactamente, qué debe hacerse para restablecer la compensación a su estado adecuado. También está la cuestión del estatus de los operadores de compensación. Dado que están llamados a desempeñar un papel esencial en el sistema, estos operadores de compensación no pueden ser ignorados. Sin embargo, esta cuestión se refiere al papel que deben desempeñar los poderes públicos en la regulación de estas obligaciones y el mercado que debe surgir.

2. La formación sin precedentes de un mercado de compensación

Aunque la compensación se beneficia de la fuerza de su consagración normativa, ésta no ha eliminado todas las incertidumbres, ni siquiera los defectos, que rodean esta noción y la obligación que conlleva. La resistencia intelectual y dogmática a la compensación es real y justifica, en particular, la regulación del mercado de la compensación. En primer lugar, hay que señalar que «en todos los casos, el propietario del proyecto sigue siendo el único responsable ante

la autoridad administrativa que prescribió las medidas de compensación». Así pues, la administración tendrá que encargarse de supervisar los intercambios entre el promotor o el iniciador del proyecto y las personas – operador de compensación ocasional o de un sitio natural de compensación – con las que tendrá que tratar para cumplir su obligación. En otras palabras, las disposiciones que ahora se incluyen en el Código de Medio Ambiente invitan claramente a la entidad pública a no ignorar o descuidar su función de supervisión. En efecto, de esta disposición se desprende que la administración está dotada por la ley de poderes suficientes para obligar al deudor de la obligación de indemnización a cumplir. En este sentido, hay que recordar que las medidas de compensación deben tener como objetivo garantizar las funcionalidades del sitio dañado y dar prioridad a la realización de la compensación *in situ* o en las inmediaciones. Estos métodos de compensación pueden aplicarse de forma alternativa o acumulativa.

Todos estos elementos deberán ser evaluados por la administración. Además, una vez más, este capítulo del Código de Medio Ambiente contiene normas que se refieren claramente a la acción de control de la administración. Por ejemplo, las medidas de compensación deben estar geolocalizadas y descritas en un sistema nacional de información geográfica accesible al público. Son los propietarios de los proyectos los que proporcionan a los servicios estatales todos los datos necesarios para llevar este registro. Además, la ley prevé que la autoridad administrativa pueda pedir al promotor garantías financieras para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de compensación, ordenar medidas adicionales mediante un requerimiento al promotor para que lleve a cabo las medidas de compensación o hacer que se lleven a cabo de forma automática, con cargo al promotor, por un operador de compensación o un sitio natural de compensación autorizado.

La ley también establece que la Oficina Francesa de la Biodiversidad (30) es responsable del seguimiento de las medidas de compensación (31) y debe elaborar un inventario nacional de los espacios naturales con un alto potencial de ganancia ecológica que pueden ser movilizados para aplicar las medidas de compensación (parcelas pertenecientes a entidades jurídicas de derecho público o terrenos abandonados). Por último, los artículos L. 163-2 y L. 163-3 del Código del Medio Ambiente definen el régimen de compensación por oferta, mientras que la ley dispone explícitamente que los bonos ambientales

(30) Originalmente era la Agencia Francesa para la Biodiversidad, una institución administrativa pública creada por la ley de 2016 sobre la reconquista de la biodiversidad. La Ley n° 2019-773 de 24 de julio de 2019, por la que se crea la Oficina Francesa de la Biodiversidad y la Caza, fusiona la Agencia Francesa de la Biodiversidad y la Oficina Nacional de la Caza y la Fauna Silvestre con efecto a partir del 1^{er} de enero de 2020.

(31) Artículo L. 131-9 del Código del Medio Ambiente.

reales, un instrumento innovador, pueden utilizarse para la compensación. Las condiciones para obtener la aprobación de los sitios naturales de compensación, emitidas por la administración, también se especificaron en 2017 (32). En particular, se especifican las condiciones relativas a la capacidad técnica y financiera de las personas que pueden crear operaciones de restauración autorizadas. La restauración debe ser previa a la venta de unidades de compensación, lo que es esencial para mantener la biodiversidad, ya que la compensación se produce antes de la destrucción para permitir la supervivencia de las especies. Una orden establece la composición de una solicitud de aprobación de un sitio natural de compensación (33).

En Francia, sólo hay un operador de compensación. Se trata de CDC Biodiversité, filial al cien por cien del grupo Caisse des dépôts et consignations. Se define como un operador de compensación que ofrece a los propietarios de proyectos públicos y privados soluciones de compensación ecológica, territorial y financiera listas para usar en el contexto de las operaciones de creación de infraestructuras de transporte, generalmente (34). Desde su creación en 2008, la CDC Biodiversité ha llevado a cabo una primera operación en Saint-Martin-de-Crau, en la región de Bouches-du-Rhône, donde adquirió 357 hectáreas de antiguos huertos que luego pudo restaurar y ofrecer, así como una veintena de operaciones listas para su uso, como la compensación ecológica de la autopista Langon-Pau.

La intención, tal y como destacan las disposiciones de la ley de 2016, ahora incluidas en el código medioambiental, es establecer un marco para la venta de activos por parte del Estado. Esto no oculta las dificultades que plantea la creación de un mercado nacional de compensación ecológica. Con el objetivo de conseguir que no haya pérdida neta de biodiversidad, sigue habiendo incertidumbres en cuanto al conocimiento de la eficacia de las medidas de compensación que se aplican actualmente, sobre todo en lo que respecta a los indicadores indirectos, las dimensiones espaciales y temporales de estas medidas, los impactos en la biodiversidad protegida y no protegida, y el papel de los microhábitats. En segundo lugar, más allá de la presencia de los servicios de control de la administración, queda la cuestión del control

(32) Mediante el Decreto n° 2017-264, de 28 de febrero de 2017, relativo a la aprobación de los sitios naturales de compensación y el Decreto n° 2017-265, de 28 de febrero de 2017, relativo a la aprobación de los sitios naturales de compensación.

(33) Orden de 10 de abril de 2017 por la que se establece la composición de un expediente de solicitud de aprobación de un sitio natural de compensación previsto en el artículo D. 163-3 del Código del Medio Ambiente.

(34) Se trata de una primera experiencia, inspirada en el sistema americano de bancos de compensación, puesta en marcha en 2008 por CDC Biodiversité en colaboración con el Ministerio de Ecología. En su momento, se denominó «reserva de activos naturales». A partir de ahora, el término es «sitio natural de compensación».

real de la aplicación de las medidas de compensación propuestas por los propietarios del proyecto. Por último, parece que los propietarios de los proyectos prefieren desarrollar sus competencias internas (ingeniería ecológica, finanzas y terrenos) en el ámbito de las medidas de compensación en lugar de recurrir a un tercero. Esta tendencia explica sin duda que, aparte de CDC Biodiversité, no haya surgido ningún otro competidor de tamaño equivalente en Francia desde 2008.

Para concluir, intentemos cerrar el círculo y observar que la compensación puede parecer tanto un sueño como una pesadilla: un sueño porque permite limitar la erosión de la biodiversidad, pero también una pesadilla porque reduce la biodiversidad a unidades contables y corre el riesgo de fomentar el desarrollo (35). Aunque la compensación ecológica puede limitar los costes ecológicos de un proyecto, no se puede ignorar que también puede utilizarse para legitimar la destrucción de espacios naturales. A este respecto, son los propios procedimientos de compensación, desde el punto de vista de su funcionamiento, los que pueden suscitar preocupación, sobre todo porque el dispositivo institucional sigue siendo, tal vez, insuficientemente restrictivo. Así, las controversias en torno a la compensación ecológica se refieren a la idea misma de compensación, pero también a los métodos para su aplicación y, por último, a la forma de evaluar la naturaleza cuya destrucción no puede evitarse. No cabe duda de que su institucionalización, que aún no se ha completado (36), debería eliminar algunos de estos obstáculos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE (2021): Guide de mise en œuvre de l'approche standardisée du dimensionnement de la compensation écologique, Ministère de la transition écologique, 149 p.
- (2012): Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel, Ministère de l'Écologie, du développement durable des transports et du logement, p. 1-9.
- DEVICTOR, Vincent (2018): «La compensación ecológica: fundamentos epistémicos y reconfiguraciones tecnocientíficas», en *Natures Sciences Sociétés*, EDP Sciences, 26 (2), pp. 136-149.

(35) V. DEVICTOR, 2018: p. 140. La idea subyacente de muchos autores es que compensamos donde no somos responsables y donde no reparamos.

(36) El 11 de enero de 2021, Francia adoptó una nueva estrategia nacional titulada «Áreas protegidas 2021-2030», que supone un paso adelante en las políticas de preservación de los espacios naturales. Sin embargo, también en este caso, la magnitud de las medidas de compensación debe garantizar realmente la equivalencia ecológica.

- GRIMONPREZ, Benoît (2017): «Réparer le vivant: éthique de la compensation», *Revue juridique de l'environnement*, 2017, vol. 42, p. 681-691.
- LUCAS, Marthe (2015): Étude juridique de la compensation écologique, Paris, LGDJ, Collection Thèses, 652 p.
- MARTIN, J. Gilles (2016): «La compensación ecológica: de la clandestinidad honrada al afichamiento mal asumido», *Revue juridique de l'environnement*, 2016, n° 4, p. 601-616, espec. p. 604.
- PRIEUR, Michel (1981): «Le respect de l'environnement et les études d'impact», en *Revue juridique de l'environnement*, 1981, n° 2, p. 103-128.
- STEICHEN, Pascale (2009): «Le principe de compensation: un nouveau principe du droit de l'environnement», en Chantal CANS (ed.), *La responsabilité environnementale – prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, Coll. Thèmes et commentaires, p. 143
- STEICHEN, Pascale (2019): «La compensación previsible de los atentados a la biodiversidad en el marco de los proyectos de gestión. Biodiversité protégée et biodiversité ordinaire: deux poids, deux mesures ?», en *Revue juridique de l'environnement*, vol. 44, p. 705-724.
- UNTERMAIER, Jean (1986): «De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé, Commentaire de l'arrêt du CE du 27 novembre 1985, Commune de Chamonix-Mont Blanc», en *Revue juridique de l'environnement*, n°4, p. 381-412
- VAN LANG, Agathe (2016) : « La compensación de los atentados a la biodiversidad: de la utilidad técnica de un dispositivo ético contestable», en *Revue de droit immobilier*, n° 11, p. 586-592

LA EXCEPCIÓN DE «ESPECIES Y HÁBITATS PROTEGIDOS» PARA LAS INSTALACIONES DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE EN FRANCIA

ANTOINE BOURREL

Profesor titular de derecho administrativo Universidad de Pau y de los Países del Adour; Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos (IE21A), CNRS UMR DICE 7318

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. INCERTIDUMBRES EN TORNO A LA SOLICITUD DE EXENCIÓN DE ESPECIES PROTEGIDAS: 1. La compleja evaluación de la necesidad de una solicitud de excepción. 2. Obtención de la excepción vinculada a la calidad del expediente de solicitud y de la instrucción.– III. LA DELICADA EVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA OBTENER LA EXCEPCIÓN, 1. Aclaración de la apreciación de la razón imperiosa de interés público superior: A) Una jurisprudencia inicialmente poco clara. B) Una oportuna reorganización del Consejo de Estado. C) El interés público superior de los proyectos de energías renovables. 2. Los peligros de la revisión judicial in concreto de la excepción para los proyectos de energías renovables: A) Comprobación del carácter «imperativo» de la razón imperiosa de interés público. B) Comprobación de la ausencia de una solución alternativa satisfactoria. C) Seguimiento del mantenimiento de un estado de conservación favorable de las especies.– IV. LITIGIO SOBRE LA EXENCIÓN DE ESPECIES PROTEGIDAS Y EL DESTINO DEL PROYECTO: 1. El destino contencioso del proyecto en ausencia de una excepción: A) Primer supuesto: la excepción no era necesaria. B) Segunda hipótesis: la excepción era necesaria. 2. El destino contencioso del proyecto en caso de que la excepción sea ilegal: A) Ilegalidad externa de la excepción, B) Ilegalidad interna de la excepción.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La exención para las especies y los hábitats protegidos, que permite combinar el objetivo de conservar la biodiversidad con el desarrollo de instalaciones de energía renovable, está ahora más que nunca en el centro del proceso de autorización de proyectos. A pesar de las consecuencias de su ausencia o ilegalidad en el plano operativo, la incertidumbre domina el asunto en tres niveles: durante las solicitudes de autorización para construir y explotar el proyecto, durante la evaluación de sus condiciones para obtener la autorización y, por último, durante su tratamiento contencioso. Por ello, este estudio pretende ofrecer una visión general de la situación actual, entre incertidumbres e intentos de aclaración.

Palabras clave: especies protegidas; hábitats naturales; compensación; evitación; reducción; evaluación de impacto; medio ambiente; excepción; energías renovables.

ABSTRACT: *The exemption for protected species and habitats, which allows combining the objective of conserving biodiversity with the development of renewable energy*

installations, is now more than ever at the heart of the project authorisation process. Despite the consequences of its absence or illegality at the operational level, uncertainty dominates the issue at three levels: during the applications for authorisation to build and operate the project, during the assessment of its conditions for obtaining authorisation and, finally, during its contentious treatment. This study therefore aims to provide an overview of the current situation, amidst uncertainties and attempts at clarification.

Key words: protected species; natural habitats; compensation; avoidance; mitigation; impact assessment; environment; exception; renewable energies.

I. INTRODUCCIÓN

«Responder a la emergencia ecológica y climática» (1). Este es uno de los objetivos de la política energética nacional, que, para lograrlo, estipula que las energías renovables deben representar al menos el 40% de la producción de electricidad. Pero ¿cómo puede lograrse esto cuando, al mismo tiempo, el desarrollo de instalaciones de energía renovable implica la construcción y el funcionamiento, la mayoría de las veces en zonas naturales, de infraestructuras que, por su ubicación y funcionamiento, perturbarán o destruirán las especies, sus hábitats y los hábitats naturales que a su vez están sujetos a una estricta protección?

En efecto, garantizar la biodiversidad a través de la conservación de los hábitats naturales, la fauna y la flora silvestres y mantener o restablecer los hábitats naturales y las especies en un estado de conservación favorable son igualmente objetivos prioritarios de la Directiva sobre hábitats (2) y del Código de Medio Ambiente, en particular a través del estricto régimen de prohibición organizado por el artículo L. 411-1 de este último (3).

La conciliación de estos objetivos y las «urgencias» se expresa así a través del régimen de excepción para las especies protegidas previsto en el artículo L. 411-2 del Código del Medio Ambiente, que transpone fielmente el artículo 16 § 1^{er} de la Directiva sobre los hábitats.

En virtud de estas disposiciones, una excepción a las prohibiciones mencionadas en los apartados 1^o, 2^o y 3^o del artículo L. 411-1 podrá ser concedida por la administración «*siempre que no exista otra solución satisfactoria, que*

(1) Código de la Energía, Art. L. 100-4.

(2) Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

(3) El artículo L. 411-1 del Código de Medio Ambiente enumera las prohibiciones. En el caso de las especies animales o vegetales, las prohibiciones incluyen: la destrucción, captura o eliminación, la perturbación intencionada, la destrucción, la alteración o la degradación de estos hábitats naturales o de las especies.

podrá ser evaluada por un dictamen pericial de terceros realizado, a petición de la autoridad competente, por un organismo externo elegido de acuerdo con ella, a expensas del peticionario, y que la excepción no perjudique el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies en cuestión en su área de distribución natural (...) (c) en interés de la salud y la seguridad públicas o por otras razones imperiosas de interés público superior, incluidas las de carácter social o económico, y por motivos que tengan un efecto beneficioso superior sobre el medio ambiente (...)» (4). Como prueba de que la directiva no ignora que las medidas de protección estrictas deben tener en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales y las particularidades regionales y locales, la excepción pretende conciliar el desarrollo de las actividades económicas públicas o privadas con el objetivo de conservación que constituye el núcleo de la directiva y del código medioambiental.

La obtención de una excepción para las especies protegidas es, por tanto, a menudo un requisito previo y una cuestión importante para los promotores de proyectos, tanto más cuanto que, a medida que los parques eólicos, los parques fotovoltaicos y otras unidades de metanización se desarrollan en el territorio, las zonas menos sensibles en términos de biodiversidad son cada vez más escasas.

Aunque esencial, la excepción está no obstante cargada de incertidumbres para los peticionarios, incertidumbres que la jurisprudencia reciente se ha esforzado en aclarar, ya sea en lo que se refiere a la propia solicitud de excepción, a la apreciación de las condiciones para obtenerla o, por último, a su tratamiento contencioso.

II. INCERTIDUMBRES EN TORNO A LA SOLICITUD DE EXENCIÓN DE ESPECIES PROTEGIDAS

La evaluación de la necesidad de una excepción para las especies protegidas es una cuestión delicada en la práctica y puede surgir en varias fases del proyecto: durante el estudio de impacto, cuando se examinan las autorizaciones para construir y explotar la instalación, después de obtener las autorizaciones o incluso antes de que comiencen las obras. Una vez constatada esta necesidad, hay que poner el máximo cuidado en la elaboración del expediente, habida cuenta de las condiciones de fondo a las que está sujeta la validez de la exención.

(4) El artículo L. 411-2, apartado 4, hace referencia a otros tipos de excepciones que no se contemplan en nuestro estudio.

1. La compleja evaluación de la necesidad de una solicitud de excepción

Los proyectos de energías renovables pueden provocar la destrucción directa (mortalidad) o indirecta (destrucción del hábitat) de especies protegidas. La cuestión de si debe obtenerse una excepción para la realización de estos proyectos se examina caso por caso, y la respuesta puede ser proporcionada por el estudio de impacto o por las autoridades de investigación como parte de la investigación de las solicitudes necesarias para la realización del proyecto.

En primer lugar, la mayoría de las veces, las evaluaciones de impacto de los proyectos no abordan directamente la cuestión de si es necesario o no solicitar una exención. Sin embargo, el diagnóstico ecológico y el análisis de los impactos en el medio natural permiten responder a la pregunta desde el punto de vista de la comparación de los impactos brutos y los impactos residuales (tras la aplicación de la secuencia evitar-reducir-compensar) del proyecto. Si se concluye que el impacto residual es de bajo a nulo, o incluso positivo, el promotor del proyecto considerará que no es necesario solicitar una excepción, mientras que la existencia de un impacto residual sobre las especies protegidas o sus hábitats le llevará a solicitar una excepción, ya que las medidas de reducción previstas no se tienen en cuenta a priori para evaluar si el proyecto requiere una excepción, manteniéndose únicamente las medidas de evitación (5). No obstante, hay que subrayar que la importancia de las conclusiones de las evaluaciones de impacto debe relativizarse, ya que, al proceder del promotor del proyecto (6), pueden carecer de imparcialidad.

En segundo lugar, la exigencia de una excepción puede resultar de la investigación de las solicitudes de autorización para construir y explotar el proyecto. En este caso, la autoridad investigadora desempeña un papel fundamental si tiene conocimiento, a través del seguimiento de la mortalidad de las especies, de resultados insatisfactorios en instalaciones similares situadas cerca del proyecto. Por tanto, es deseable y recomendable un diálogo constructivo con los servicios administrativos.

Por último, la autoridad medioambiental, a la que se consulta antes de la consulta pública para que emita un dictamen sobre la calidad y la exhaustividad del estudio de impacto, desempeña un papel importante a la hora de evaluar la

(5) CAA de Bordeaux, 14 de diciembre de 2021, n° 19BX00681, Asociación de defensa de los habitantes de Saint-Fraigne y alrededores contra los proyectos eólicos. Véase también para otro proyecto eólico: CAA Bordeaux, 22 de marzo de 2022, n° 21BX01297, Association Protection Environnement Nature.

(6) CE, 20 de enero de 2020, n° 432819, Asso. Fuerza 5 et a. Las disposiciones del artículo L. 122-1 del Código del Medio Ambiente no pueden considerarse contrarias al artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, «*porque no exigen que el estudio de impacto sea realizado por un tercero independiente del peticionario o del propietario del proyecto*».

necesidad de una exención. Como su dictamen puede revelar deficiencias en el estudio de impacto, puede poner de manifiesto la necesidad de una excepción.

2. Obtención de la excepción vinculada a la calidad del expediente de solicitud y de la instrucción

La concesión y validez de las excepciones están sujetas al cumplimiento de tres requisitos acumulativos: una razón imperiosa de interés público de primer orden, la ausencia de otra solución satisfactoria y el mantenimiento en un estado de conservación favorable de las especies y los hábitats afectados por el proyecto. Por lo tanto, los promotores del proyecto deben incluir en el expediente todos los elementos necesarios para convencer a la autoridad decisoria de que el proyecto cumple estas tres condiciones. La calidad del expediente en este punto también ayudará a proteger el proyecto en caso de una posible impugnación de la exención ante el juez administrativo.

Como las condiciones de fondo se examinan en detalle más adelante, nos limitaremos aquí a algunas observaciones sobre la forma del expediente.

En cuanto a la razón imperiosa de interés público mayor, la solicitud de exención debe, como mínimo, demostrar que el proyecto se inscribe en la política nacional y europea de transición energética y que responde a una voluntad regional de despliegue de energías renovables prevista en los documentos de planificación local.

Por lo que respecta a la ausencia de una solución alternativa satisfactoria, al solicitante le interesa demostrar, en la fase de solicitud, que ha buscado o puesto en práctica todos los medios posibles para evitar solicitar una exención (7). Esto implica, en particular, incluir en la solicitud los diferentes tipos de energía renovable considerados anteriormente y los diversos lugares estudiados, teniendo en cuenta sus problemas de biodiversidad. Del mismo modo, es esencial que el solicitante analice varios emplazamientos desde el punto de vista de las limitaciones paisajísticas y la presencia de especies en la zona de emplazamiento, así como las características geográficas y técnicas del proyecto para limitar su impacto en las especies y sus hábitats (8).

Por último, en lo que respecta al mantenimiento de la población de la especie en cuestión en un estado de conservación favorable, el expediente debe incluir una descripción precisa de las medidas de evitación, reducción y compensación que se aplicarán.

(7) Esto implica también que la administración debe comprobar que el solicitante ha realizado esta investigación.

(8) Véase, por ejemplo, CAA Nantes, 5 de marzo de 2019, n° 17NT02791-17NT02794: para un parque eólico terrestre en Bretaña.

III. LA DELICADA EVALUACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA OBTENER LA EXCEPCIÓN

Las órdenes de excepción están sujetas a condiciones que a menudo son difíciles de interpretar para los promotores de proyectos, la autoridad decisoria y el juez encargado de revisarlas. Por tanto, es de agradecer que se haya reorganizado la interpretación de estas condiciones, aunque el control *in concreto* de la excepción no esté exento de peligros.

1. Aclaración de la apreciación de la razón imperiosa de interés público superior

Cuando se interpusieron recursos contra las exenciones necesarias para la realización de proyectos de desarrollo, el juez administrativo se encontró con la dificultad de definir la noción de razón imperiosa de interés público de primer orden y su articulación con las otras dos condiciones contempladas en la letra c) del 4º del artículo L. 411-2. No obstante, las recientes aclaraciones del Consejo de Estado deberían contribuir a una mayor seguridad jurídica de las exenciones concedidas a los promotores de proyectos de energías renovables.

A) Una jurisprudencia inicialmente poco clara

Las modalidades para conciliar las actividades económicas públicas o privadas con el objetivo de conservar las especies y los hábitats naturales son tan complejas en su formulación como en su aplicación. La principal dificultad radica en la condición relativa a «otras razones imperiosas de interés público, incluidas las de carácter social o económico» (9) y su combinación con los requisitos relativos a la ausencia de otra solución satisfactoria y al mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies afectadas en su área de distribución natural.

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el más indicado para resolver estas cuestiones, las pocas decisiones que ha dictado hasta la fecha (10) no han logrado plenamente su objetivo. En resumen, al pronun-

(9) Las excepciones justificadas en interés de la salud o la seguridad públicas, que también son razones de interés público superior, o por motivos que tendrían consecuencias beneficiosas para el medio ambiente parecen menos problemáticas.

(10) Estas decisiones se refieren a proyectos en lugares Natura 2000. Las excepciones en virtud del apartado 4 del artículo 6 están sujetas a las mismas condiciones (razón imperiosa de interés público superior y ausencia de soluciones alternativas). Véase, por ejemplo: TJUE, 16 de febrero de 2012, asunto C-182/17, Solvay c. Región Valona.

ciarse sobre el concepto de razones imperiosas de interés público de primer orden, propone una interpretación basada en una ponderación global del proyecto con el objetivo de conservar las especies y los hábitats. A este respecto, la importancia del proyecto parece ser un factor determinante, sin que su carácter privado constituya un obstáculo, si el proyecto presenta realmente un interés público importante por su naturaleza y por el contexto económico y social en el que se inserta, y si se demuestra la ausencia de soluciones alternativas.

A su vez, el juez administrativo francés se ha enfrentado a la evaluación de las condiciones de la excepción. De la abundante jurisprudencia dictada en los últimos diez años en diversos sectores (11) , se desprende que el análisis del juez se adoptó aplicando una ponderación de los intereses en juego en la forma del balance propio del derecho de expropiación. Para establecer la razón imperativa de interés público mayor, el proyecto debía tener un interés público indiscutible (12), pero sobre todo debía constituir un «*caso excepcional cuya realización resultara indispensable*» (13), el único capaz de justificar la infracción del objetivo de conservación de las especies y los hábitats. Los diversos beneficios del proyecto (económicos, etc.) eran elementos que ayudaban a demostrar el carácter imperativo del proyecto en relación con la gravedad de los daños a las especies y los hábitats. En el ejercicio de ponderación, el juez también integró las medidas de evitación, reducción y compensación prescritas por el decreto para reducir el daño a las especies y los hábitats (14).

A pesar de estos esfuerzos, sigue habiendo incertidumbres metodológicas. El juez anduvo a tientas, sin conseguir proponer una parrilla de interpretación clara y unificada, lo que no facilitó la tarea de los responsables del proyecto y de la administración, sobre todo en lo que respecta a la valoración del carácter «imperativo» y «principal» del interés público del proyecto.

(11) Véanse, por ejemplo, los estudios de X. Braud, *Opérations d'aménagement: le contrôle du juge sur les dérogations à la protection des espèces*, *Droit de l'environnement* 2015, p. 334; R. Noguellou, N. Foulquier, F. Haumont, M. Perret, C. Bardon, I. Cassin, *Construire dans les zones protégées par la directive habitat*, *BDEI* 2016, n° 61; G. Audrain-Demey, *Aménagement et dérogation au statut des espèces protégées: la «raison impérative d'intérêt public majeur "au cœur du contentieux"»*, *Droit de l'environnement*, 2019, p. 13.

(12) Esta exigencia no planteaba muchas dificultades, dada la naturaleza de los proyectos en cuestión: explotación de canteras, creación de una carretera de circunvalación, construcción de un centro de deportes acuáticos, centro de vacaciones, etc.

(13) CE, 9 de octubre de 2013, n° 366803, SEM Nièvre Aménagement.

(14) En este sentido: CAA Douai, 15 de octubre de 2015, n° 14DA02064, Min. de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.

B) Una oportuna reorganización del Consejo de Estado

Estos errores jurisprudenciales deberían ser cosa del pasado, ya que el Consejo de Estado se ha comprometido en 2018 (15) y en 2020 (16) a poner las condiciones en orden. A día de hoy, de la sentencia «Société La Provençale» se desprende que las disposiciones del artículo L. 411-2 deben interpretarse en el sentido de que *«un proyecto de urbanización o de construcción realizado por una persona pública o privada que pueda afectar a la conservación de especies animales o vegetales protegidas y a sus hábitats sólo puede autorizarse, con carácter excepcional, si responde, por su naturaleza y teniendo en cuenta los intereses económicos y sociales en juego, como el proyecto urbanístico en el que se inscribe, a una razón imperiosa de interés público de primer orden. No obstante, cuando exista tal interés, el proyecto sólo podrá autorizarse, habida cuenta de los daños causados a las especies protegidas, teniendo en cuenta las medidas de reducción y compensación previstas, si, por una parte, no existe otra solución satisfactoria y, por otra, esta excepción no perjudica el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies afectadas en su área de distribución natural»*.

Al precisar el orden en que deben examinarse los requisitos acumulativos de la excepción, la sentencia subraya que es la razón imperiosa de interés general la que debe analizarse en primer lugar. Aunque este enfoque se aparta de la letra del texto, parece aprobado en la medida en que destierra la lógica de una ponderación global y hace hincapié en la propia razón de ser del proyecto, cuya realización *«debe ser de tal importancia que pueda sopesarse con el objetivo de conservación»* (17) y justificar la excepción. Esto sólo puede ser así si este interés público es importante y el proyecto imperativo. Aunque el Consejo de Estado no se pronuncia mucho sobre este punto, parece que lo que prima es la importancia del proyecto, dados los intereses económicos y sociales en juego. En concreto, el carácter principal del interés público del proyecto, que puede ser el resultado de una iniciativa privada, resultará de la inclusión del proyecto en una política de desarrollo respaldada por documentos

(15) CE, 25 de mayo de 2018, n° 413267, SAS PCE et SNC Foncière Toulouse Ouest (référé) y CE, 24 de julio de 2019, n° 414353, SAS PCE et SNC Foncière Toulouse Ouest (règlement de l'affaire au fond): relativo a un proyecto de centro comercial. Véase también, mientras tanto: CE, 28 de diciembre de 2018, n° 419918, SEPANSO Dordogne.

(16) CE, 3 de junio de 2020, n° 425395, Sociedad La Provençale: reapertura de la cantera de Nau-Bouques. Véase también: CE, 9 de julio de 2020, n° 430585, SPL Territoire 25: realización de un distrito ecológico. Véase también la aplicación de esta red de lectura a un proyecto de energía renovable (parque eólico): CE, 15 de abril de 2021, n° 430500, Association Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France.

(17) CE, 3 de junio de 2020, n° 425395, antes citado.

de planificación local o en una política nacional o europea (18). El carácter imperativo del proyecto dependerá de sus propias características, es decir, de su capacidad para responder a las cuestiones económicas y sociales en juego y a los objetivos de las políticas en las que se inscribe (19).

Sólo si se cumple esta premisa esencial se pueden cuestionar las demás condiciones (20) porque, aunque el proyecto tenga una razón imperiosa de interés público mayor, afecta a especies protegidas. Por lo tanto, la excepción sólo puede concederse si el impacto sobre la especie, que es el menor posible tras la aplicación de la secuencia de evitación-reducción-compensación y a falta de una solución más satisfactoria, no perjudica el mantenimiento de un estado de conservación favorable de la especie en cuestión.

C) El interés público superior de los proyectos de energías renovables

En el caso de los proyectos de energías renovables, al recurrir las excepciones o las autorizaciones medioambientales en su lugar, los jueces del tribunal de primera instancia adoptaron la tabla de interpretación establecida por el Consejo de Estado en sus decisiones «SAS PCE» y «Société La Provençale».

En la primera etapa, que consiste en identificar y evaluar el interés público principal de un proyecto de energía renovable, el juez lo sitúa en el contexto de la política energética nacional y europea. Así, se señala que un determinado proyecto de central hidroeléctrica «forma parte de *un conjunto de proyectos similares que reflejan la aplicación por parte del Estado francés de sus compromisos con la Comisión Europea para el desarrollo de las energías renovables*» y que «*estos compromisos consisten en aumentar la cuota de las energías renovables en el consumo energético francés hasta el 23% en 2020*» (21), que dicho proyecto de parque eólico «*permite aumentar la*

(18) CE, 3 de junio de 2020, n° 425395, antes citado. Este fue el caso de la cantera de Nau-Bouques.

(19) Los efectos del proyecto en términos de creación de empleo seguirán teniendo un cierto peso (ver CE, 3 de junio de 2020, n° 425395, antes citada). Sin embargo, este criterio no parece ser determinante (CE, 24 de julio de 2019, n° 414353, antes citada: ausencia de razón imperiosa de interés público superior mientras que el proyecto permitía la creación de más de 1500 puestos de trabajo).

(20) CE, 3 de junio de 2020, n° 425395, op. cit. pt. 9: «*Sólo en presencia de tal interés se toman en consideración los daños causados por el proyecto en cuestión a las especies protegidas, teniendo en cuenta las medidas de reducción y compensación previstas, con el fin de verificar si no existe otra solución satisfactoria y si la exención solicitada no perjudica el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies en cuestión en su área de distribución natural (...)*».

(21) CAA Bordeaux, 30 de abril de 2019, n° 17BX01426, FNE Midi-Pyrénées.

producción de energía renovable de acuerdo con los objetivos declarados, en particular en el artículo 19 de la Ley n° 2009-967, de 3 de agosto de 2009, que estipula que, con el fin de diversificar las fuentes de energía, reducir el uso de combustibles fósiles que emiten gases de efecto invernadero y aumentar la cuota de energía renovable en el consumo final de energía hasta al menos el 23% en 2020 (...) el Estado promoverá el desarrollo de las fuentes de energía renovables en Francia.) el Estado promoverá el desarrollo de todas las fuentes de energía renovable en condiciones económica y ecológicamente sostenibles» (22) , que tal y cual contribuye «a la política energética que, en virtud del artículo L. 100-1 del Código de la Energía preserva la salud humana y el medio ambiente luchando contra la agravación del efecto invernadero (...)», tiene por objeto, «de conformidad con las disposiciones del artículo L. 100-2 del mismo código para diversificar las fuentes de suministro de energía, reducir el uso de combustibles fósiles, diversificar las fuentes de producción de energía de manera equilibrada y aumentar la proporción de energías renovables en el consumo de energía final» y «está en consonancia con los objetivos de la política energética nacional establecidos en I del artículo L. 100-4 del Código de la Energía en la versión vigente en el momento de la ley de 17 de agosto de 2015 sobre la transición energética para el crecimiento verde» (23).

En relación con un proyecto de parque eólico marino, el Tribunal administrativo de apelación de Nantes también subrayó que «el paquete energía-clima (...) hizo que Francia adoptara el objetivo vinculante del 23% de energía renovable en el consumo final de energía para 2020. La Comisión Europea presentó un nuevo marco estratégico en enero de 2014 y el paquete energético-climático 2030 (...) aumentó la cuota de energía renovable al 27% para 2030. Además, el decreto de 15 de diciembre de 2009 sobre la programación plurianual de las inversiones en producción de electricidad fijó los objetivos de desarrollo de la producción de electricidad a partir de energías renovables en Francia en 25.000 MW para el 31 de diciembre de 2020, de los cuales 19.000 MW corresponden a la energía eólica terrestre y 6.000 MW a la energía eólica marina y otras energías marinas» (24).

Esta tendencia jurisprudencial, que se desarrolla en el ámbito de los proyectos de instalaciones de energías renovables, demuestra que el método de

(22) CAA Nantes, 5 de marzo de 2019, n° 17NT02791, SAS Les moulins du Lohan. El Consejo de Estado confirmó el análisis del tribunal de Nantes: CE, 15 de abril de 2021, n° 430500, Association Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France.

(23) CAA Marsella, 24 de enero de 2020, n° 18MA04972, Association Sauvegarde des Avant-Monts y otros.

(24) CAA Nantes, 3 de julio de 2020, n° 19NT01583, Association des commerçants de Noirmoutier. Véase también, CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n° 19NT01714, 19NT02501, 19NT02520, Asociación «Sans offshore à l'horizon» y otros.

búsqueda de la razón de interés público superior establecido por el Consejo de Estado es transponible. Confirma que esta primera fase puede llevarse a cabo sin examinar los impactos del proyecto sobre las especies protegidas, estableciendo el interés público principal del proyecto como un valor absoluto. En segundo lugar, aunque el juez no se pronuncie específicamente sobre el carácter «importante» del interés público en juego, no cabe duda de que éste resulta de la inclusión del proyecto en la política energética nacional y europea. Por último, la legibilidad de esta jurisprudencia es tranquilizadora para los promotores de proyectos de energías renovables, que disponen ahora de un marco claro para la preparación de las solicitudes de exención.

2. Los peligros de la revisión judicial *in concreto* de la excepción para los proyectos de energías renovables

El esfuerzo de racionalización de la metodología no elimina el control *in concreto* del juez sobre el carácter «imperativo» de la razón de interés público superior y las condiciones relativas a la ausencia de una solución alternativa satisfactoria y al mantenimiento de un estado de conservación favorable para la especie. Estrechamente relacionado con las características del proyecto, la calidad del expediente y las razones del pedido (25), este control sigue siendo una fuente de incertidumbre para los promotores de proyectos.

A) Comprobación del carácter «imperativo» de la razón imperiosa de interés público

A diferencia de otros proyectos sin perspectiva medioambiental, los proyectos de energías renovables tienen un interés público superior que, aunque debe equilibrarse con el objetivo de conservar las especies y los hábitats naturales, no se opone a ello. En efecto, estos proyectos se inscriben en un objetivo más amplio de protección del medio ambiente, lo que, sin embargo, no basta para establecer el carácter «imperativo» del interés público superior. Esto debe ser verificado por la administración y luego por el juez en cada caso, ya que, sea cual sea el interés público mayor del proyecto, implica la destrucción de especies o hábitats protegidos. Por lo tanto, éste debe considerar si el proyecto es de tal importancia que, teniendo en cuenta los objetivos de la política energética, puede equilibrarse con el objetivo de la conservación de las especies. Es en este nivel, al sopesar el beneficio «energético» del proyecto, donde se ejerce el control *in concreto* del juez y donde se insinúa el elemento de incertidumbre para los promotores del proyecto.

(25) Véase la primera parte.

No es de extrañar que cuanto más genere el proyecto una cantidad significativa de energía renovable, contribuyendo así de forma decisiva al cumplimiento de los compromisos europeos, nacionales y regionales (26) y cuanto más promueva el desarrollo energético de una región con un suministro de electricidad poco asegurado (27), más se reconocerá fácilmente su carácter imperativo. También se tiene en cuenta la reducción del coste de la subvención pública y del importe de la tarifa de alimentación, que se consiguió mediante la renegociación de las licitaciones (28). Por otra parte, el criterio de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no es el único factor determinante (29).

En contra del proyecto, se señala que no es probable que altere significativamente la cuota de las energías renovables en el equilibrio entre las distintas fuentes de suministro energético a nivel local o nacional (30), que la región en cuestión no se enfrenta a desequilibrios particulares en la diversificación de las fuentes de producción de energía (31) o que una parte de la población local no se vería privada de cualquier posibilidad de suministro de electricidad (32). Por último, la creación de empleo vinculada al proyecto parece menos importante que en otros ámbitos (33).

Una reciente decisión del Consejo de Estado en casación relativa a un proyecto de parque eólico ilustra los peligros del control concreto sobre la condición relativa a la razón imperativa de interés público mayor y atestigua una cierta severidad del juez con respecto a estos proyectos, aunque puedan formar parte de la política nacional o europea en materia de desarrollo de

(26) Véase, por ejemplo: CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n.ºs 19NT01714, 19NT02501, 19NT02520, arriba; CAA Nantes, 3 de julio de 2020, n.º 19NT01583, arriba. En sentido contrario: CAA Burdeos, 30 de abril de 2019, n.º 17BX01426, antes citada: anulación, al no contribuir el proyecto de central hidroeléctrica de forma decisiva al cumplimiento de los compromisos del Estado. CAA de Marsella, 24 de enero de 2020, n.º 18MA04972, antes mencionado: la contribución del proyecto a los objetivos regionales es sólo del 1,5%.

(27) CAA Nantes, 5 de marzo de 2019, n.º 17NT02791, citado: Bretaña se encuentra en una situación frágil en cuanto al suministro de electricidad, ya que la producción local solo cubre el 8% de sus necesidades.

(28) En este sentido: CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n.ºs 19NT01714, 19NT02501, 19NT02520, arriba.

(29) CAA Bordeaux, 30 de abril de 2019, n.º 17BX01426, citado: anulación a pesar de que el proyecto de central hidroeléctrica evitaba el vertido anual de al menos 8.300 toneladas de CO₂, 38 toneladas de SO₂, 19 toneladas de NO₂ y 1,2 toneladas de polvo.

(30) CAA Burdeos, 30 de abril de 2019, n.º 17BX01426, supra.

(31) CAA Marseille, 24 de enero de 2020, n.º 18MA04972, supra.

(32) CAA Bordeaux, 30 de abril de 2019, n.º 17BX01426, supra.

(33) CAA Marseille, 24 de enero de 2020, n.º 18MA04972, citado: anulación a pesar de la creación de una treintena de puestos de trabajo.

las energías renovables. En efecto, se juzga que los jueces del tribunal de primera instancia consideraron válidamente que esta condición no se cumplía *«tras haber constatado que el proyecto de parque eólico sólo aportaría una modesta contribución a la política energética nacional de desarrollo de la cuota de las energías renovables en el consumo final de energía en una zona que ya cuenta con numerosos parques eólicos y que los beneficios socioeconómicos del proyecto serían limitados y principalmente transitorios»* (34).

B) Comprobación de la ausencia de una solución alternativa satisfactoria

Como el objetivo de la conservación de las especies sigue siendo esencial, la excepción sólo puede concederse si no hay otra solución satisfactoria. A la luz de la práctica y de la jurisprudencia, esta condición parece significar que la excepción sólo puede concederse si no existe ningún otro lugar en el que pueda realizarse el proyecto que sea más favorable para las especies protegidas, aunque nada impida que se prevea un proyecto diferente en el mismo lugar (35).

Al amparo de un control limitado al error manifiesto de apreciación, el juez estudia detalladamente, en lo que respecta a los proyectos de energías renovables, el contenido del expediente de solicitud y la orden de excepción y anula esta última si no se establece claramente la ausencia de una solución alternativa satisfactoria. Este fue el caso de un proyecto fotovoltaico para el que la orden prefectoral afirmaba que *«tras el análisis de las soluciones alternativas, la solución seleccionada es la que tiene el menor impacto ambiental y ofrece la mejor solución para satisfacer las distintas cuestiones»*. Examinando el expediente en profundidad, y apoyándose en el dictamen desfavorable del Consejo Nacional de Protección de la Naturaleza, que señalaba que era *«lamentable que no se hayan buscado otras soluciones aparte de la instalación de este proyecto en esta zona de protección especial»*, el Tribunal administrativo de apelación confirmó la anulación de la orden tras haber rechazado las modificaciones introducidas en el proyecto para reducir las superficies del emplazamiento y evitar las zonas de alto riesgo medioambiental, ya que estas modificaciones no reflejaban, según el Tribunal, la búsqueda de una solución alternativa (36).

(34) CE, 10 de marzo de 2022, n° 439784, Ministro de Transición Ecológica y Solidaridad. Auto que confirma la solución dictada por el Tribunal de Marsella: CAA Marseille, 24 de enero de 2020, n° 18MA04972, antes citado.

(35) Sobre este punto, véase también la Parte I.

(36) CAA Marseille, 2 de octubre de 2020, n° 18MA03225, CIPM International.

C) Seguimiento del mantenimiento de un estado de conservación favorable de las especies

La validez de las excepciones depende en última instancia de la capacidad del proyecto para mantener las poblaciones de las especies afectadas en un estado de conservación favorable en su área de distribución natural. El juez debe decidir si, en el caso de los parques eólicos, las medidas de evitación (elección del período de construcción, evitación de los sectores más sensibles, etc.), las medidas de reducción (plan de bridas de los aerogeneradores, altura de los aerogeneradores, etc.), las medidas de compensación (forestación compensatoria, mejora de la funcionalidad del ecosistema forestal, creación de lugares de reproducción, etc.) y las medidas de seguimiento (estudio de mortalidad, etc.) son suficientes para mantener la especie en un estado de conservación favorable.) y el seguimiento (estudio de mortalidad, seguimiento a largo plazo de las comunidades biológicas potencialmente sensibles, acciones de sensibilización para la preservación de la biodiversidad, etc.) (37) previstos en el estudio de impacto y en la orden de excepción (que puede reforzarlos), son suficientes para garantizar este estado de conservación favorable (38).

También en este caso, la calidad del expediente de solicitud es esencial (39), ya que el juez debe estar en condiciones de evaluar, *in fine*, si los impactos residuales no perjudican la conservación de la especie en un estado favorable. Frente a la lógica del control *in concreto*, que es muy precisa, como lo demuestra la extensión de los desarrollos de las sentencias dedicados al análisis de las cuestiones en juego y de las medidas propuestas, subsiste un grado de incertidumbre para los promotores del proyecto, cuyas causas son múltiples: el número de especies afectadas (40), los problemas de conservación de las especies (41), los dictámenes favorables y desfavorables de los servicios consultados (42).

(37) CAA Nantes, 5 de marzo de 2019, n° 17NT02791, citado; CAA Nantes, 3 de julio de 2020, n° 19NT01583, citado; CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n°s 19NT01714, 19NT02501, 19NT02520, citado.

(38) CAA Nancy, 8 de abril de 2020, n° 18NC02309: no es el caso del pago de una cantidad de 50.000 euros por parte del promotor a una organización que trabaja para la protección de la avifauna.

(39) CAA Nancy, 8 de abril de 2020, n° 18NC02309, citado: insuficiencia del estudio de impacto, que se basó en sólo dos observaciones de medio día para concluir que no hubo contacto con un milano real.

(40) CAA Marseille, 24 de enero de 2020, n° 18MA04972, *supra* pt. 8: anulación. El proyecto del parque eólico afectó a un gran número de especies.

(41) CAA Nancy, 8 de abril de 2020, n° 18NC02309, *op. cit.* pt. 10: denegación de una exención para un proyecto de parque eólico (riesgo para la preservación de la pareja de milano real presente en el emplazamiento, a pesar de que esta especie está al borde de la extinción en el noreste de Francia).

(42) CAA Nantes, 5 de marzo de 2019, n° 17NT02791, *supra* pt. 10.

IV. LITIGIO SOBRE LA EXENCIÓN DE ESPECIES PROTEGIDAS Y EL DESTINO DEL PROYECTO

Los litigios sobre las exenciones pueden afectar a los proyectos de energías renovables de dos maneras: en primer lugar, si se impugna la ausencia de una exención y, en segundo lugar, si se impugna la exención.

1. El destino contencioso del proyecto en ausencia de una excepción

La ausencia de una excepción para las especies protegidas sólo puede impugnarse ante el juez (43) cuando se presenta un recurso contra una autorización ambiental (44) en cuyo marco se alega que la autorización no incluye la excepción requerida para el proyecto en cuestión (45).

En el caso de los proyectos de energía eólica, la agrupación de las autorizaciones necesarias para el proyecto dentro de la autorización ambiental (46) neutraliza parcialmente los efectos del principio de independencia de la legislación, ya que entonces se investiga si la autorización para operar (47) o para llevar a cabo desarrollos en el marco de la ley de aguas (48) debería haber sido objeto de la exención para las especies protegidas.

Se pueden distinguir dos hipótesis cuando se impugna una autorización ambiental que no constituye una excepción para las especies protegidas debido a la ausencia de esta excepción.

(43) Las CCAA son competentes en primera y última instancia para conocer las excepciones previstas en el artículo L. 411-2, dictadas en el marco de los parques eólicos terrestres (CJA., art. R. 311-5). El CAA de Nantes tiene competencia exclusiva sobre los parques eólicos marinos (CJA., art. R. 311-4). Los tribunales administrativos son competentes en primera instancia con respecto a las autorizaciones y exenciones medioambientales concedidas para otras instalaciones de producción de energía renovable (parques fotovoltaicos, unidades de metanización, centrales hidroeléctricas, etc.).

(44) Si se trata de la autorización investigada y expedida en virtud de los artículos L. 181-1 y siguientes del Código del Medio Ambiente o, en virtud del artículo 15 de la Ordenanza n.º 2017-80 de 26 de enero de 2017 modificada por la Ley n.º 2018-727 de 10 de agosto de 2018, de las autorizaciones únicas, de las autorizaciones del ICPE, de las autorizaciones en virtud de la Ley de Aguas, de los permisos de construcción de energía eólica válidos a partir del 1º de marzo de 2017 que se consideran autorizaciones medioambientales.

(45) CE, 22 de julio de 2020, n.º 429610, Min. de la transición ecológica y solidaria; CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n.º 19NT02389, supra pt. 75.

(46) Ver arriba.

(47) CAA Bordeaux, 29 de septiembre de 2020, n.º 18BX00665, Asso. Para la salvaguarda de los paisajes y el patrimonio del Alto Limousin.

(48) CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n.º 19NT02389, supra pt. 74.

A) Primer supuesto: la excepción no era necesaria

Puede resultar de la evaluación de los impactos, de la solicitud de autorización ambiental cuyas respuestas exhaustivas a las solicitudes de información adicional de la administración sobre el impacto en la biodiversidad parecen suficientes, o de la opinión de los servicios consultados y de los requisitos de la orden que autoriza el proyecto, que el solicitante no estaba obligado a pedir una exención (49). En este caso, el juez puede considerar que la ausencia de una excepción no hace que el permiso medioambiental sea ilegal.

B) Segunda hipótesis: la excepción era necesaria

Si, a la vista de los impactos causados por el proyecto, que no fueron subsanados por las medidas previstas, el juez considera que debería haberse obtenido una excepción, la autorización es, por otra parte, ilegal por no incluir la excepción (50).

Sin embargo, la ilegalidad del permiso medioambiental está lejos de conducir a su anulación total y a la puesta en cuestión del proyecto. El sofisticado despacho del juez de la autorización ambiental (51) permite al juez pronunciar sólo una anulación parcial de la autorización en la medida en que no incluya la excepción (52). El juez también puede suspender el procedimiento (53) y, en un plazo que él mismo fije, permitir que el titular obtenga la excepción que falta, suspendiendo al mismo tiempo los efectos de las partes no vulnerables de la autorización (54). A continuación, corresponderá al propietario del proyecto presentar una solicitud de excepción que regularice el permiso medioambiental. Se emitirá una orden complementaria válida como excepción, que integrará las medidas de compensación correspondientes, y se organizará una nueva consulta pública.

Por ejemplo, el promotor de un proyecto de parque eólico marino disponía de un año para obtener una autorización modificativa, que «*sólo podrá con-*

(49) CAA Bordeaux, 29 de septiembre de 2020, n° 18BX00665, supra. Véase también: CAA Marseille, 4 de octubre de 2020, n° 18MA01980, pt. 35.

(50) CAA Bordeaux, 14 de diciembre de 2021, n° 19BX00681, Association de défense des habitants de Saint-Fraigne et alentours contre les projets éoliens; CAA Burdeos, 22 de marzo de 2022, n° 21BX01297, Association Protection Environnement Nature.

(51) S. Galipon, La régularisation des vices de procédure par le juge administratif, EEI 2019, Étude 4.

(52) Código del Medio ambiente, art. L. 181-18, I. 1°. Esta posibilidad está abierta si la exención es divisible de la autorización ambiental (CE, Avis, 22 de marzo de 2018, n° 415852, Assoc. Novissen).

(53) Código del Medio Ambiente, art. L. 181-18, I. 2°. El juez sólo está obligado a suspender el procedimiento si se le presentan conclusiones en este sentido, pero siempre puede utilizar esta opción (CE, 11 de marzo de 2020, n° 423164, Sté Eqiom).

(54) Código del Medio Ambiente, art. L. 181-18, II.

cederse si (...) se cumplen (...) las condiciones previstas en el artículo L. 411-2 del Código del Medio Ambiente», precisándose que «la concesión de dicha autorización modificativa conllevará también la organización de una nueva encuesta pública para dar a conocer estos nuevos elementos al público» (55).

Aunque esto puede suponer una pérdida de tiempo para el promotor, esta posibilidad de regularización tiene el mérito de dar a éste una sesión de recuperación cuando no había previsto inicialmente solicitar una exención para la realización de su proyecto.

2. El destino contencioso del proyecto en caso de que la excepción sea ilegal

Cuando se presenta un recurso contra una autorización medioambiental válida como excepción, el juez administrativo se pronuncia sobre la legalidad externa e interna de la excepción. En caso de ilegalidad demostrada, podrá activar de nuevo la regularización prevista en el artículo L. 181-18 del Código del Medio Ambiente, en función del grado de ilegalidad de la excepción.

A) Ilegalidad externa de la excepción

Si la excepción sólo está viciada por un defecto de forma o de procedimiento o por la incompetencia del autor, su ilegalidad no debería, en principio, contaminar el conjunto de la autorización, ya que el juez puede aplicar las facultades que tiene en virtud del artículo L. 181-18 expuesto anteriormente (56).

Así, en el caso de un proyecto de parque eólico marino, el tribunal administrativo de apelación de Nantes pudo anular parte de la autorización, suspender la decisión y suspender temporalmente la ejecución de las partes no vulnerables de la autorización hasta que se pudiera transmitir una orden de regularización firmada por la autoridad competente (57).

B) Ilegalidad interna de la excepción

Si la excepción adolece de un vicio de legalidad interna no subsanable, el juez no puede aplicar las disposiciones del artículo L. 181-18 del Código del

(55) CAA Nantes, 6 de octubre de 2020, n° 19NT02389, *supra*.

(56) Además, hay que tener en cuenta que el juez también puede utilizar técnicas de litigación para neutralizar un defecto de forma o de procedimiento en la derogación en aplicación de la jurisprudencia *Danthony* (CE, Ass., 23 de diciembre 2011, n° 335033).

(57) CAA Nantes, 6 de octubre 2020, n° 19NT01714 – 19NT02501 – 19NT02520: incompetencia del prefecto para expedir: sólo el ministro era competente.

Medio Ambiente y debe anular la autorización. Este es el caso, en particular, cuando el proyecto no responde a una razón imperiosa de interés público de gran envergadura.

Habida cuenta del contenido de dicho motivo de anulación y de la gravedad del vicio, podría declararse que, «habida cuenta de *su alcance, la ilegalidad conservada (...) no es (...) susceptible de ser regularizada por una autorización rectificativa en virtud del 2º de l del artículo L. 181-18 del Código del Medio Ambiente (...)*» (58).

Tampoco es posible llevar a cabo una anulación parcial con una solicitud a la administración para que reanude la investigación en la fase o en la parte manchada por la irregularidad (59), «ya que *la excepción (...) se refiere a todo el proyecto y la anulación de la excepción por sí sola haría que los demás componentes de la autorización única perdieran su finalidad*». El titular del proyecto se enfrenta aquí a los límites de la divisibilidad de la autorización medioambiental, considerando el juez que «*dicha excepción debe considerarse en este caso como indivisible de las demás autorizaciones*».

Por último, cabe señalar que, si bien la infracción de la conservación de las especies y los hábitats protegidos ya sea intencionada o no, está sujeta a un componente de derecho penal con escaso efecto disuasorio (60), la ejecución de un proyecto sin excepción o en violación de las disposiciones contenidas en la excepción es un delito castigado con tres años de prisión y una multa de 150.000 euros (61). Además, aparte de los posibles procedimientos penales, pueden aplicarse sanciones administrativas (requerimiento, suspensión de las obras o de la explotación de la instalación, suspensión o revocación de la excepción «especies y hábitats protegidos», etc.), sin olvidar que la destrucción de una especie protegida podría dañar la imagen del operador de una instalación de energía renovable.

Los litigios a los que pueden enfrentarse los proyectos de energías renovables como consecuencia de la ausencia o ilegalidad de la exención de las especies protegidas ilustran hasta qué punto esta decisión es un acto esencial en la ejecución de los proyectos.

Sin embargo, la severidad del planteamiento del juez administrativo, en particular en lo que respecta al control de la condición relativa a la razón imperiosa de interés público mayor, es cada vez más criticada en lo que respecta a los proyectos de energías renovables, que, sin embargo, están directamente

(58) CAA Bordeaux, 10 de diciembre. 2019, nº 19BX02327: relativo a las obras y explotación de la circunvalación de un municipio.

(59) Código del Medio Ambiente, art. L. 181-18, I. 1º.

(60) Debido a la falta de aplicación por parte de los tribunales.

(61) Código del Medio Ambiente, art. L. 415-3.

en consonancia con las políticas públicas nacionales y europeas de lucha contra el cambio climático. Por lo tanto, un enfoque más flexible de esta condición, al menos para estos proyectos (62), sería bienvenido. La idea parece estar ganando terreno, como demuestran las recomendaciones publicadas por la Comisión Europea el 18 de mayo, destinadas a acelerar y simplificar los procedimientos administrativos necesarios para la concesión de autorizaciones de instalaciones de energías renovables, incluida la recomendación de que se presuma el cumplimiento de la condición de interés público superior para los proyectos de energías renovables.

Otra cuestión, la de hasta qué punto el promotor del proyecto debe o no solicitar una excepción, también se está examinando en Francia, ya que el Tribunal Administrativo de Apelación de Douai ha pedido un dictamen al Consejo de Estado (63).

Por tanto, la situación debería evolucionar pronto, con el riesgo, sin embargo, de no conseguir conciliar las expectativas contradictorias de los promotores de proyectos de energías renovables y las asociaciones de protección de la naturaleza...

V. BIBLIOGRAFÍA

- AUDRAIN-DEMEY, Gaëlle (2019): «Aménagement et dérogation au statut des espèces protégées: la raison impérative d'intérêt public majeur au cœur du contentieux», *Droit de l'environnement*, p. 13
- BARDON, Cyril (2016): «L'intérêt public majeur: application par le juge national», *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, n° 61
- BRAUX, Xavier (2015): «Opérations d'aménagement: le contrôle du juge sur les dérogations à la protection des espèces», *Droit de l'environnement*, p. 334

(62) Es comprensible que el juez siga siendo severo y estricto cuando se trata de proyectos puramente inmobiliarios que destruyen zonas naturales y especies protegidas.

(63) CAA Douai, 27 de abril de 2022, n° 20DA01392, Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement. El Tribunal planteó al Conseil d'Etat las siguientes cuestiones: en primer lugar, para que se exija una excepción, ¿es necesario que el proyecto pueda provocar la mutilación, la destrucción o la perturbación intencionada de un solo ejemplar de una de las especies protegidas o la destrucción, la alteración o la degradación de un solo hábitat, o bien que el proyecto pueda provocar tales daños a una proporción significativa de estos ejemplares o hábitats, teniendo en cuenta, en particular, su número y el régimen de protección aplicable a la especie de que se trate? En segundo lugar, ¿debe la autoridad administrativa responsable de autorizar el proyecto tener en cuenta la probabilidad del riesgo de daño a estas especies o los efectos previsibles de las medidas propuestas por el peticionario para evitar, reducir o compensar los impactos del proyecto?

- FOULQUIER, Norbert (2016): «Le rapport sur les dérogations au titre des raisons impérieuses d'intérêt public majeur», *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, n° 61.
- HAUMONT, Francis (2016): «L'article 16 § 1 de la directive CEE n°92/43 Habitats», *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, n° 61.
- JOLIVET, Simon (2020): «De la survie des espèces menacées d'extinction à la lutte contre le déclin des populations. Réflexions sur l'efficacité du statut d'espèce protégée à partir du cas de la faune sauvage», *Revue juridique de l'environnement*, p. 101.
- NOGUELLOU, Rozen (2016): «Construire dans les zones protégées par la directive habitat», *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, n° 61.

LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN DERECHO ALEMÁN

ELISA MOREU CARBONELL
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO DE LA COMPENSACIÓN EN DERECHO ALEMÁN.– II. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA POLÍTICA DE MITIGACIÓN DE IMPACTOS: 1. La compensación en la Ley Federal de Protección de la Naturaleza. 2. El reglamento de compensación de 2020. 3. El principio de no pérdida neta.– III. LOS ECOBANCOS Y OTRAS HERRAMIENTAS SIMILARES DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL.– IV. EFICACIA DE LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL.– V. EVENTUAL SOLAPAMIENTO Y DIFERENCIAS CON OTROS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL.– VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN ALEMÁN.– VII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN. En Alemania, la compensación por la pérdida de biodiversidad vinculada con el desarrollo se aplica y regula desde la década de 1970, por lo que es uno de los programas de compensación más antiguos del mundo. Originariamente, las medidas de compensación se llevaban a cabo por la propia empresa promotora y debían mantener una identidad espacial, temporal y funcional casi total entre la biodiversidad perdida por el proyecto y la medida aplicada. Posteriormente se flexibilizaron los requisitos con el objetivo de mejorar y agilizar el proceso de compensación. En este trabajo se exponen los rasgos más característicos de la normativa alemana sobre mitigación de impactos.

Palabras clave: derecho ambiental; principio de no pérdida neta; medidas de compensación; biobancos.

ABSTRACT. *Compensation for development-related biodiversity loss in Germany has been required since the 1970s, making it one of the longest running offsets programmes in the world. Compensation measures were originally carried out by the developing firm itself and were required to maintain strong links between the biodiversity lost through the development project and the compensation. The reforms relaxed the requirements regarding spatial, temporal and functional coherence with the objective of improving biodiversity outcomes and streamlining the compensation process. This chapter reviews the progression of German Impact Mitigation Regulations and summarises the design and implementation features of the programme.*

Key words: environmental law; no net loss principle; compensation measures; biobanks.

Aunque sabemos que EEUU fue el país pionero en poner en marcha los bancos de conservación en los años 80 (De Guerrero, 2016), Alemania regula y aplica técnicas de compensación ambiental desde la década de los 70. Podríamos afirmar que es uno de los programas de compensación más antiguos del mundo. En el contexto alemán se utiliza la expresión «medidas de compensación» (*Kompensationsmaßnahmen*) para referirse en sentido amplio a las medidas que pretenden compensar el daño ecológico que provoca cualquier proyecto de desarrollo, tanto de competencia federal como estatal, como por ejemplo los urbanísticos, de construcción de líneas eléctricas, de parques eólicos, instalaciones de explotación de ferrocarriles, de vías navegables, proyectos militares y de la ampliación o construcción de autopistas federales.

I. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO DE LA COMPENSACIÓN EN DERECHO ALEMÁN

La doctrina sitúa el origen del sistema de compensación ambiental en la Ley de Protección de la Naturaleza de 1976 (*Naturschutzgesetz*), con el objetivo de completar la legislación ambiental más tradicional centrada en las áreas naturales protegidas (Watzold y Wissel, 2016). En aquel momento inicial, durante las décadas de 1980 y 1990, las medidas de compensación se encomendaban a muy pequeña escala a las propias empresas promotoras de los proyectos. Además, la normativa exigía una fuerte cohesión funcional, espacial y temporal entre el impacto ecológico del proyecto y la medida de compensación a aplicar.

En 1993 se introdujo en Alemania la figura de los fondos de compensación, que consistían en una relación de lugares donde se podían realizar las compensaciones de impactos negativos. Esta figura es el modelo equivalente al banco de conservación que se ha desarrollado en Alemania. Con los fondos de compensación, los municipios podían adoptar medidas ecológicas como reforestaciones, restauración de ríos, arroyos o humedales que les permitían trasladar su coste a los promotores o constructores, quienes además de asumir el precio del proyecto pagarían por las medidas de compensación ecológica establecidas por la ley.

Este limitado enfoque provocó una excesiva rigidez en la selección de los posibles emplazamientos y dio lugar a compensaciones fragmentadas y muy costosas, que se intentaron paliar con diversas reformas posteriores de la legislación ambiental.

La Ley de Conservación de la Naturaleza de 29 de julio de 2009 (*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege, Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG*),

junto con la ley urbanística (*Baugesetzbuch*, BauGB) (1), constituyen el marco jurídico básico de la compensación en Derecho alemán.

La BNatSchG regula un procedimiento de mitigación de impactos y de compensación ambiental uniforme para todos los *Länder* (§§ 13 y 15 de la BNatSchG), que prescinde de requisitos estrictos de coherencia espacial, temporal y funcional entre el impacto y la medida de compensación, con el objetivo de hacer más ágil y menos costosa la búsqueda de lugares de compensación adecuados.

Este marco normativo vincula a todos los estados federales (*Länder*), aunque éstos tienen cierta flexibilidad para desarrollar medidas de compensación. Los *Länder* pueden introducir sus propias medidas compensatorias en el planeamiento urbanístico regional. Más concretamente, los Estados federados pueden establecer sus propios procedimientos para evaluar los impactos, aplicar medidas de compensación y regular las ecocuentas (§16. 2 BNatSchG).

II. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA POLÍTICA DE MITIGACIÓN DE IMPACTOS

La denominada «política de mitigación de impactos» (*Eingriffsregelung* o IMR por sus siglas en inglés) es el fundamento del sistema de compensación en el marco de la ley federal de conservación de la naturaleza. Según los §§ 13 y siguientes de la BNatSchG, la mitigación de impactos tiene como objetivo preservar la funcionalidad del equilibrio natural y del paisaje, incluso fuera de las zonas especialmente protegidas. La mitigación de impactos es una herramienta para hacer frente a determinados proyectos sectoriales que provocan daños ambientales (planificación de rutas de transporte, telecomunicaciones, minería y otros).

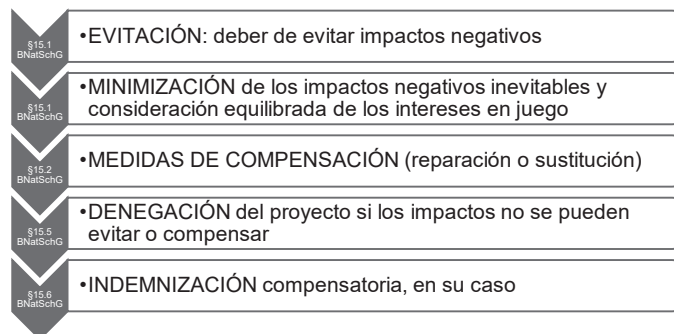
La mitigación de impactos se fundamenta en el principio de evitación de daños (*Vermeidungsgebot*), cada vez más necesario ante la rápida pérdida de diversidad biológica. Según esta regla, el promotor que ejecuta un proyecto debe evitar los impactos negativos significativos sobre la naturaleza y el paisaje. Si los impactos negativos son inevitables, deben ser compensados con medidas de restauración y, si esto no fuera posible, mediante pagos de compensación.

La mitigación de impactos obliga a adoptar una secuencia de decisiones administrativas en cascada, porque la autorización (o rechazo) de cualquier

(1) En efecto, las políticas de mitigación del impacto se aplican tradicionalmente en el marco de la ordenación global del territorio y del urbanismo, que faculta a los *Länder* a utilizarlos para la compensación de impactos derivados del desarrollo urbanístico (Conde Antequera, 2014: 985).

proyecto depende del cumplimiento de determinados requisitos que están escalonados entre sí según este esquema (fig. 1).

Fig.1. Principios de la mitigación de impactos (elaboración propia).



1. La compensación en la Ley Federal de Protección de la Naturaleza

La mitigación de impactos se aplica a los llamados impactos negativos sobre la naturaleza y el paisaje, es decir, a las alteraciones de forma o de uso del terreno o del subsuelo que pueden tener un impacto grave en el entorno natural (§14. 1 BNatSchG). Por ejemplo, son impactos negativos los derivados de la construcción residencial o comercial, de la construcción de carreteras o líneas ferroviarias. Con fundamento en el § 7.1 de la BNatSchG, existe un cambio de uso si un uso existente es sustituido por otro que altera el equilibrio natural con relación del suelo, el agua, el aire, el clima, las plantas y los animales. Sería, por ejemplo, el caso de la construcción de infraestructuras en espacios naturales y la transformación de pastizales en tierras de cultivo.

El § 14.2 de la BNatSchG contempla el denominado *privilegio agrícola*: siempre que se ajuste a las buenas prácticas profesionales, la utilización del suelo para fines agrícolas, silvícolas y pesqueros no está sujeta a las reglas de la mitigación de impactos.

Como se ha avanzado, el § 15.1, de la BNatSchG regula el principio de evitación de impactos, en virtud del cual, el promotor de un proyecto tiene la obligación de evitar cualquier impacto negativo sobre la naturaleza y el paisaje. Se considera que un impacto es *evitable* si existe una alternativa aceptable que consiga que el proyecto se desarrolle en el mismo lugar con el menor impacto sobre la naturaleza y el paisaje, o con ninguno. Esto exige que el promotor pueda desarrollar su proyecto de la forma más compatible posible con el medio ambiente durante las fases de planificación y ejecución.

Si los impactos negativos no se pueden evitar, hay que demostrar esta circunstancia. En ese caso, el promotor del proyecto debe compensar o contrarrestar los impactos negativos inevitables mediante *medidas de compensación* (§15. 2, BNatSchG). La regla de la mitigación de impactos obliga a comparar el impacto del proyecto con todas las alternativas posibles y a valorar su eventual compensación. Según el § 15.2 de la BNatSchG, cualquier agente contaminante está obligado a compensar los daños inevitables que causa a la naturaleza y al paisaje aplicando medidas de compensación, que pueden de restauración (*Ausgleichsmaßnahmen*) o de sustitución (*Ersatzmaßnahmen*):

- Las medidas de restauración se aplican si el deterioro del equilibrio natural o del paisaje es susceptible de ser reintegrado de forma natural.
- Las medidas sustitutivas, en cambio, se aplican si las funciones deterioradas del equilibrio natural o del paisaje en la zona afectada no son susceptibles de restauración directa.

La zona de referencia para aplicar las medidas de compensación es el espacio natural afectado por el proyecto. Si bien tales medidas no se tienen que llevar a cabo necesariamente en el lugar donde se produce la alteración ambiental, es prioritario que se haga allí, o al menos en sus inmediaciones. Debe existir una conexión espacial funcionalmente específica entre el impacto y la compensación. El nivel más adecuado de protección de la naturaleza y del paisaje se consigue mejor si la compensación se aplica en el punto del impacto.

La ley reconoce el principio de igualdad de todas las medidas de compensación, sean de restauración o de sustitución. Esta igualdad de trato no se debe interpretar erróneamente como una carta blanca para la adopción de cualquier medida. La Ley Federal de Conservación de la Naturaleza mantiene el principio de que las medidas compensatorias están orientadas a restaurar de forma similar o equivalente el espacio natural afectado por un desarrollo económico. Hay que decidir caso por caso si se hace de forma similar o equivalente, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, atendiendo también a las demás normas ambientales aplicables.

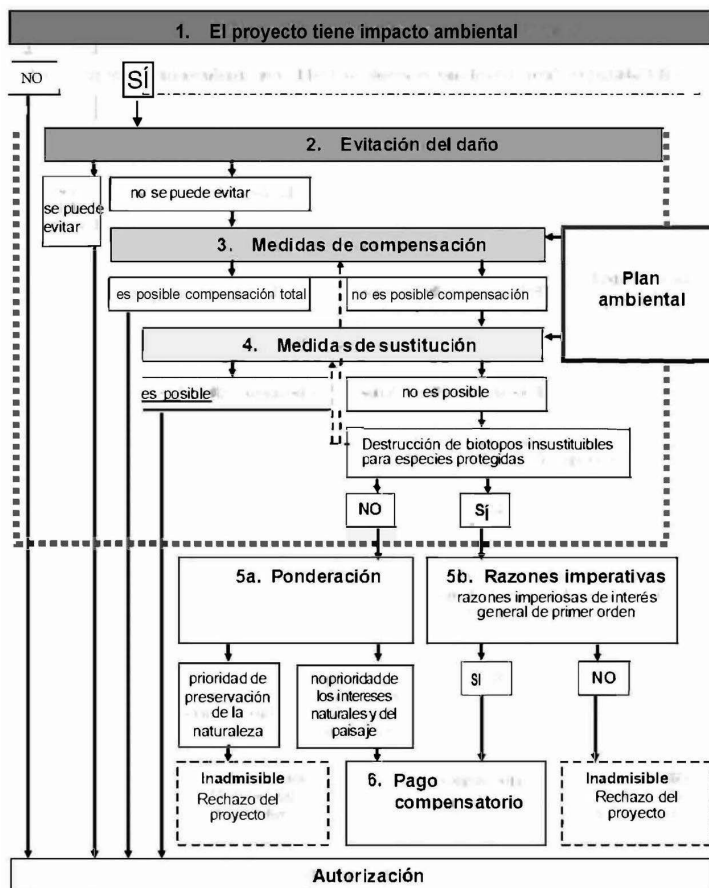
Finalmente, también es posible que los perjuicios inevitables causados por un proyecto no se puedan compensar o sustituir en un plazo razonable. Entonces caben dos soluciones:

- *Rechazar el proyecto*, si tras la valoración de intereses en juego se decide que los intereses de conservación de la naturaleza están por encima de los demás intereses (§ 15.5 de la BNatSchG)
- *Abonar una indemnización sustitutiva*, si se decide seguir adelante con el proyecto a pesar de que los impactos negativos no son susceptibles de compensación (§ 15.6 de la BNatSchG). Estos pagos serán utilizados por las autoridades con fines de conservación de la naturaleza.

La obligación de pagar una indemnización sustitutiva es subsidiaria de las medidas de compensación y, por tanto, constituye una suerte de «último recurso». Según el § 15. 6 de la BNatSchG, la cuantía se calcula en función del coste medio de las medidas de compensación no aplicadas (es decir, según los costes teóricos o hipotéticos de la restauración), atendiendo a la duración y la gravedad del impacto. El dinero se destina a medidas de conservación y cuidado del paisaje, preferentemente en la zona natural afectada.

En la fig. 2 se puede ver gráficamente el esquema del proceso de mitigación de impactos en Derecho alemán.

Fig. 2. Decisiones en cascada.



Fuente: Darbi y Tausch (2009).

El objetivo principal es que los proyectos eviten impactos negativos sobre el medio ambiente y se cumple siguiendo un procedimiento de decisiones en cascada. Cada *Land* elabora sus propias listas de especies y hábitats que hay que ponderar para aplicar las medidas de compensación, que se realiza mediante acciones como la creación o la mejora de hábitats.

Las organizaciones sin ánimo de lucro y los ciudadanos en general desempeñan una función muy importante en el sistema de seguimiento y control de la compensación. Todas las propuestas de compensación se publican para que cualquiera pueda verlas y consultarlas (2). Los planes y proyectos deben explicar los impactos previstos y las medidas de compensación previstas.

La responsabilidad de evaluar los impactos, determinar la compensación necesaria y el seguimiento del proyecto durante su duración recae en las autoridades de conservación de la naturaleza a nivel municipal.

Este marco normativo se completa con un sistema sancionador para casos de incumplimiento. El incumplimiento de los requisitos de la compensación se considera una infracción administrativa que puede ser sancionada. En caso de incumplimiento, las autoridades de conservación pueden exigir la posterior devolución de ecopuntos.

2. El reglamento federal de compensación de 2020

Las indemnizaciones compensatorias por los impactos ambientales se empezaron a regular en reglamentos de los *Länder* y esto provocó que el marco normativo fuera bastante confuso debido a la multiplicidad de fuentes y a las divergencias entre unos estados y otros.

Con fundamento en el § 15.7 de la BNatSchG, el Gobierno federal aprobó el Reglamento Federal de Compensación de 14 de mayo de 2020 (BKompV), junto con un manual interpretativo de noviembre de 2021 que facilita la tarea de las autoridades competentes y de los promotores de los proyectos.

Aunque el Reglamento Federal de Compensación se aplica a las intervenciones en la naturaleza y el paisaje realizadas por la administración federal (líneas de alta tensión transnacionales o transfronterizas, parques eólicos marinos, instalaciones de ferrocarril, vías navegables federales, proyectos militares y autopistas federales), los requisitos generales para la aplicación de las medidas de compensación resultan útiles en todo el país.

(2) Una herramienta importante de seguimiento y verificación de la compensación son las bases de datos que facilitan el acceso a la información relacionada con la conservación de la naturaleza al público en general y a las autoridades. Por ejemplo, el sistema NATUREG desarrollado desde hace años en el *Land* de Hesse, que combina información geológica y biológica y datos sobre la situación legal de las zonas protegidas (<https://natureg.hessen.de/>).

Indirectamente, las reglas de la compensación de impactos se han normalizado en todos los Estados federados. Según la doctrina alemana, el reglamento ha contribuido a agilizar los procedimientos administrativos, aumentar la transparencia de las decisiones y a mejorar la planificación y la seguridad jurídica de los proyectos con impacto ambiental, tanto privados como públicos (Derbi, 2015).

3. El principio de «no pérdida neta»

La doctrina alemana insiste en que el objetivo de cualquier programa específico de compensación de la biodiversidad es lograr la «no pérdida neta» generada por los nuevos proyectos de desarrollo (Bruns, 2007).

Con ese objetivo, los promotores de proyectos contaminantes deben elaborar planes que evalúen la mitigación del impacto natural y la aplicación de medidas de compensación. En Alemania, la compensación conecta con el principio de «quien contamina paga», ya que el promotor es quien asume los costes. A menudo, quien paga es una autoridad local o un organismo público. Según los estudios, estos costes ascienden a 2,5 mil millones de euros cada año.

Las ecocuentas se han convertido en una herramienta importante y en la forma más innovadora para desarrollar las compensaciones.

III. LOS ECOBANCOS Y OTRAS HERRAMIENTAS SIMILARES DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Según la ley federal de protección de la naturaleza, las medidas de compensación se deben llevar a cabo «en un plazo adecuado», preferiblemente de forma simultánea al impacto ambiental. Dado que esto no siempre es posible en la práctica, se admite que las medidas de compensación se contabilicen en las denominadas ecocuentas o fondos de compensación para que pueden «retirarse» cuando sea necesario (§ 16 BNatSchG). Los bancos de conservación se han convertido en la principal herramienta para garantizar la aplicación adecuada de las políticas de mitigación de impactos de Alemania.

Los mercados de compensación funcionan como un comercio de créditos de biodiversidad entre agentes contaminantes. Básicamente, funcionan obligando a las empresas a compensar las pérdidas de biodiversidad resultantes de los proyectos de desarrollo en los que deciden embarcarse. Este sistema permite que se almacenen «créditos» para conseguir la cantidad adecuada de medidas de compensación.

El Derecho alemán regula estos instrumentos de compensación como los parques de tierras y las ecocuentas. Los *parques de tierras* son lugares que

se reservan para futuras medidas de compensación y que están disponibles antes de que se produzca un impacto. La *ecocuenta* es un registro en el que se anotan las medidas de compensación que se pueden utilizar en el futuro para compensar los impactos adversos de los proyectos de desarrollo.

La idea es mejorar la interacción entre las medidas de compensación y la necesidad de resolver el problema de la falta de terrenos disponibles, sobre todo en zonas densamente pobladas y en el caso de grandes proyectos.

El Estado de Hesse fue pionero en aplicar estas herramientas. En 2006 se creó una ecoagencia que fue la primera agencia intermediaria legalmente reconocida en Alemania para la compensación ambiental (Watzold y Wissel, 2016). De la ecoagencia de Hesse dependen el fondo de tierras y las *ecocuentas*.

¿Cómo funciona? En primer lugar, el propietario del terreno debe elaborar un plan que debe incluir, entre otras cosas, datos sobre el tamaño del terreno, el uso al que está destinado y una descripción detallada de las medidas de compensación previstas. El propietario también debe evaluar el valor ecológico del terreno en su estado original (es decir, antes de la medida de compensación), que se realiza en unidades de *ecopuntos*. El propietario debe estimar también el valor esperado (en *ecopuntos*) del terreno tras la realización de la medida de compensación prevista. El plan, junto con estas dos evaluaciones, se presenta a la autoridad regional de conservación de la naturaleza para que lo revise y, en su caso, lo apruebe.

El número de *ecopuntos* necesarios para compensar un impacto es la diferencia entre el valor del terreno antes de que se produzca el impacto adverso y el valor después de que se produzca el impacto, en términos de *ecopuntos*.

La autoridad de conservación de la naturaleza introduce posteriormente esta información en los datos del *ecobanco* y registra la superficie como «planificada».

El propietario puede utilizar los *ecopuntos* para compensar un impacto realizado por él mismo como promotor o para venderlos a otras empresas o particulares que los utilizan para compensar sus impactos. En ese caso, la autoridad registra la medida de compensación como «utilizada».

El promotor que causa el impacto es responsable de la compensación durante un plazo mínimo de 30 años.

Si los impactos adversos no se pueden compensar, se paga una cantidad equivalente medida en euros por *ecopunto*. Esta cantidad será utilizada por las autoridades regionales para aplicarla a medidas de mejora de la naturaleza o del paisaje en la zona natural en la que se produce el impacto.

Con el fin de comparar el impacto y el valor de la medida de compensación, se ha desarrollado un sistema no monetario cuya unidad de medida son

los ecopuntos. Este sistema incluye indicadores objetivos que permiten clasificar los usos del suelo y los biotopos en diversas categorías. A cada categoría se asigna un determinado número de ecopuntos por metro cuadrado, que van desde 3 a 80 puntos. También se han establecido directrices para calcular los pagos por determinados impactos adversos que no pueden ser compensados.

Como se ha dicho, los ecopuntos pueden comprarse y venderse y su precio lo determinan libremente el comprador y el vendedor de este peculiar mercado.

Inicialmente, la demanda de ecopuntos se vinculaba con proyectos de infraestructuras de tráfico (carreteras, diques, ferrocarriles y aeropuertos), proyectos de desarrollo industrial y de viviendas. Un ejemplo fue la ampliación del aeropuerto de Fráncfort, para el que se compraron 9,1 millones de ecopuntos a la agencia ecológica del Land en 2011. La disminución de la tasa de crecimiento de las actividades de construcción provocó un descenso de la demanda de ecopuntos. En los últimos años, la demanda de ecopuntos procede sobre todo de la construcción de parques eólicos (Watzold y Wissel, 2016).

Los organismos públicos alemanes, como las agencias ecológicas, los ayuntamientos y las fundaciones públicas, son importantes proveedores de ecopuntos, con el objetivo es garantizar que siempre haya suficientes para compensar los impactos ambientales negativos. Por ejemplo, una empresa pública estatal de Hesse posee más del 40% de los terrenos forestales y ha proporcionado algo más de 50 millones de ecopuntos. Los agricultores y los propietarios de bosques privados desempeñan un papel menor en el suministro de ecopuntos. En Alemania, se calcula que solo el 8% de los parques forestales son de propiedad privada.

Existen variaciones regionales en el tamaño de los proyectos de compensación (3) y en los precios de los ecopuntos (4), aunque no existe información precisa sobre cuántos ecopuntos se han generado (es decir, la oferta global) desde la entrada en vigor del reglamento de compensación. Una indicación razonable podría ser la de Watzold, y Wissel (2016), que indican que hay aproximadamente 220 millones de ecopuntos registrados en Alemania.

(3) Un ejemplo de un proyecto pequeño es la restauración de un bosque de ribera en una zona de 0,19 hectáreas que generó 22 200 ecopuntos. Un ejemplo de proyecto grande es la restauración de un monumento natural de una antigua duna de arena, que generó aproximadamente 800 000 ecopuntos (Heberling, Nitsch y Weinrebe, 2011).

(4) Cuando hay urgencia en la compensación, los precios pueden alcanzar hasta 1 euro por ecopunto, aunque la media es de 0,35 euros por ecopunto. En general, son más caros los precios de los ecopuntos que se utilizan para la compensación en zonas en pleno auge económico, en comparación con los ecopuntos que se utilizan en zonas rurales (Watzold y Wissel, 2016).

IV. EFICACIA DE LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL

No hay demasiados estudios que acrediten la eficacia real de la compensación ambiental en Alemania. Al parecer, una gran parte de las medidas de compensación se aplica para mejorar el valor de los bosques. Sin embargo, la información sobre el tipo de hábitat o el uso del suelo que se ve afectado negativamente por los proyectos de desarrollo es más difícil de conseguir. Por lo tanto, no está claro si las medidas de conservación de los bosques se utilizan para compensar su destrucción o degradación, o si la destrucción de otros tipos de hábitats (como el agrícola) se compensa con medidas en otros hábitats (como los bosques).

La capacidad para evaluar la eficacia ecológica de las medidas de compensación exige hacer un seguimiento adecuado. En términos de eficacia ecológica es fundamental concretar la viabilidad a largo plazo de los proyectos de compensación. Como se ha dicho, la responsabilidad recae en el promotor durante 30 años, aunque la puede transferir a la agencia ambiental.

La falta de control constituye un grave problema también en Alemania. Un informe del Tribunal de Cuentas del *Land* de Hesse concluyó en 2004 que sólo el 38% de las medidas de compensación auditadas se llevaron a cabo de forma correcta, mientras que el 17% no se llevaron a cabo en absoluto y el 42% eran de mala calidad o estaban incompletas. El informe también constató que la autoridad municipal de conservación de la naturaleza sólo había supervisado el cumplimiento de la compensación en un 40% de los casos. Mientras que el seguimiento de los grandes proyectos suele ser relativamente exhaustivo, los proyectos a pequeña escala tienen un peor sistema de control (Wissel y Wätzold, 2010).

No está claro hasta qué punto siguen existiendo brechas importantes en el cumplimiento de la normativa de mitigación de impactos. Se han producido algunas mejoras institucionales, como el desarrollo de bases de datos informativas, que mejoran la transparencia de la compensación y facilitan así su seguimiento. Se espera que el interés de los grandes promotores garantice el éxito de las medidas de compensación, debido a que su reputación como empresa puede empeorar si se conoce que incumplen las normas.

Existe un mayor nivel de incumplimiento en los proyectos a pequeña escala. Heberling, Nitsch y Weinrebe (2011), por ejemplo, detectaron errores en las hectáreas de terreno que realmente son objeto de compensación, habitualmente inferiores a las del terreno que sufre un impacto negativo. Además, parece que las sanciones se aplican con poca frecuencia.

En relación con la rentabilidad económica de las medidas de compensación, parece que la posibilidad de comprar y vender ecopuntos ayuda a alcanzar eficazmente el objetivo ambiental. Los promotores que pueden proporcionar ecopuntos a un coste inferior a la media son capaces de vender sus ecopuntos

de forma rentable, mientras que los que no pueden producir ecopuntos de forma tan barata no lo conseguirán, así que el sistema se ajusta solo.

Con el fin de entender si la capacidad de comprar y vender ecopuntos genera la rentabilidad deseada de las medidas de compensación, es pertinente examinar si existen distorsiones que impidan que el mecanismo de precios funcione bien.

Ya hemos dicho que muchas medidas de compensación las promueven empresas u organismos públicos como los municipios. Pues bien, existe el riesgo de que no siempre calculen el coste total de las medidas compensatorias del mismo modo que lo harían las empresas privadas. Por ejemplo, al decidir sobre una medida de compensación, los organismos públicos pueden no incluir los costes de personal y/o los gastos generales del impacto, ya que estos están cubiertos por las arcas administrativas de todos modos. Esto implica que una empresa privada no puede proporcionar ecopuntos a un coste tan competitivo como el organismo público que no ha tenido en cuenta todos aquellos costes.

Los costes asociados a la ejecución de una medida de compensación incluyen los costes de asegurar un terreno adecuado, identificar la medida de compensación, pasar por los procedimientos administrativos relacionados con la creación de una ecocuenta, la identificación de un comprador, la venta de los ecopuntos y todo el trabajo administrativo relacionado con estas decisiones, incluidas las actividades de control. Para que un sistema de compensación funcione con éxito, estos costes deben ser lo más bajos posible (Wissel y Wätzold, 2010). Las agencias ecológicas de intermediación, como la del estado federado de Hesse, pueden facilitar esta tarea de reducción de costes y facilitar la venta de puntos, aunque sus servicios no son gratuitos y cobran una tasa de intermediación aproximadamente del 6% del importe total.

Una de las tareas de la agencia ecológica es reducir los costes de transacción mencionados, en particular facilitando la venta de puntos ecológicos. Para ello, la agencia ofrece un registro donde los potenciales vendedores y compradores de ecopuntos pueden registrar sus preferencias, con lo que también aumenta la transparencia.

Estudios recientes han demostrado que un gran número de proyectos de compensación no ha podido alcanzar sus objetivos y que, por tanto, no se ha cumplido el principio de «no pérdida neta». La aplicación de las compensaciones mejoró con la entrada en vigor del reglamento de compensación de 2020, pero aun así se cree que muchos proyectos de compensación no alcanzan en Alemania un resultado «sin pérdida neta». Un estudio que data de 2010 demostró que 1/3 de los proyectos de compensación cumplió plenamente sus objetivos de compensación. Este fracaso podría achacarse a las restricciones de ubicación de las medidas de compensación, junto con los laxos requisitos de seguimiento a largo plazo de los proyectos.

En general, no se han realizado muchos estudios sobre el coste y los beneficios de este modelo, lo que hace difícil determinar su eficacia. Los costes totales de la compensación no están documentados, lo que dificulta la comparación de los resultados. Un estudio de la Comisión Europea estimó que los costes totales anuales de la compensación en Alemania son aproximadamente 2.500 millones de euros (entre 1.100 y 3.400 millones). En la mayoría de los casos, las compensaciones sólo pretenden conseguir ninguna pérdida neta de biodiversidad, o una modesta ganancia. Sin embargo, como se ha dicho, muchas compensaciones no alcanzan plenamente sus objetivos, tanto por falta de terrenos adecuados, como por la falta de seguridad jurídica relativa a su control.

Al parecer, los costes de compensación realizados por los promotores de proyectos no están logrando ganancias sustanciales en la mejora de la biodiversidad.

V. EVENTUAL SOLAPAMIENTO Y DIFERENCIAS CON OTROS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

Las herramientas de mitigación de impactos ambientales complementan a los demás instrumentos de protección ambiental previstos en el derecho europeo y alemán, como la evaluación de impacto ambiental (EIA), la evaluación ambiental de proyectos y la evaluación prevista en la Directiva de Hábitats. Todos coinciden en sus principios básicos, pero difieren en su ámbito de aplicación y en sus consecuencias jurídicas.

El mayor solapamiento se da entre la compensación del impacto ambiental y la EIA porque, en la práctica, sus respectivas aportaciones técnicas pueden llegar a coincidir: determinación y evaluación de la situación existente, previsión de los efectos, determinación y evaluación de los impactos ambientales, determinación de la gravedad de los impactos, planificación de las precauciones para mitigar y/o limitar los daños y planificación de las medidas de compensación.

A diferencia de la mitigación de impactos, la EIA o la evaluación de proyectos no se limitan a un interés puramente conservacionista, sino que tienen una visión global que incluye a las personas, la población y los bienes culturales y materiales. La evaluación de la Directiva de Hábitats se aplica exclusivamente para impactos negativos en zonas de la red Natura 2000.

También existen diferencias en cuanto al nivel objeto de evaluación. Mientras que la evaluación de proyectos se lleva a cabo para los planes y la EIA para los proyectos individuales, la mitigación de impacto ambiental es aplicable tanto en a nivel de planificación como de proyecto.

Las consecuencias jurídicas también son diferentes. La secuencia de decisiones relativas a la compensación de impactos está claramente delimitada en el § 15 de la BNatSchG. Las cosas son muy diferentes con la EIA, que se

limita a cada plan y, en su caso, proyecto y que, por tanto, tiene un carácter marcadamente «declarativo».

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN ALEMÁN

El objetivo de la compensación es que no haya pérdidas en la cuenta medioambiental, es decir, que se conserve el *statu quo* del equilibrio de la naturaleza y la calidad del paisaje (principio de no pérdida neta).

Uno de los puntos fuertes del modelo alemán de mitigación de impactos es que la compensación se aplica a gran escala, incluso fuera de las zonas protegidas y, por tanto, permite mantener un «nivel mínimo de protección a escala completa». Además, los impactos sobre la naturaleza y el paisaje causados por el proyecto no se convierten en una carga para el público, sino que son asumidos por la parte que ejecuta el proyecto de acuerdo con el principio de «quien contamina paga». La regulación a nivel de ley federal de la secuencia especificada de toma de decisiones (mitigación → compensación → pago de compensación) permite a las autoridades ambientales intervenir eficazmente y con mayor seguridad jurídica.

A pesar de estos efectos positivos, la política de mitigación de impactos tiene también una serie de déficits en su aplicación. Por ejemplo, existen sentencias judiciales a veces contradictorias con una interpretación desigual de las diferentes medidas de compensación que aplican los *Länder*, que se suma a su complejidad técnica.

Quizás por eso, la doctrina alemana critica que la compensación no es todo lo eficaz que debería ser, aunque la selección de emplazamientos, dimensiones y tipos de proyectos podría evitar y/o minimizar los impactos ambientales de determinados proyectos.

También ocurre que es cada vez mayor la falta de zonas adecuadas para aplicar las medidas de compensación (disponibilidad de suelo). Además, ha habido problemas de aceptación por parte de los usuarios afectados, sobre todo en la agricultura, en cuanto a la voluntad de proporcionar terrenos para desarrollar las medidas de compensación.

Cada vez se están aplicando más variedad de medidas de compensación, pero sigue siendo insuficiente el seguimiento a corto y largo plazo. O bien faltan controles adecuados, o el periodo de seguimiento es demasiado corto para permitir una evaluación adecuada de la medida.

Los impactos distributivos de la compensación pueden ser preocupantes si favorecen o perjudican a determinados grupos de población, sectores económicos o regiones.

En la literatura alemana se ha expresado cierta preocupación por el hecho de que la compensación pueda conducir a la destrucción de determinados hábitats y, a cambio, a la creación nuevos hábitats aislados y poco valiosos. Si los incentivos para la compensación provocan que se pierdan hábitats en una zona para restaurarlos en otra, esto tendrá implicaciones distributivas (Wissel y Wätzold, 2010). También se critica que el sistema de compensación provoca disparidades regionales inaceptables, ya que los impactos negativos se producen en las zonas del país con mayor riqueza, mientras que las medidas de compensación se llevan a cabo en las zonas más deprimidas y rurales del territorio.

Un proyecto que tiene un impacto negativo en un tipo concreto de hábitat no tiene por qué ser compensado con medidas de restauración del mismo tipo de hábitat, dado que el comercio de ecopuntos se puede hacer entre hábitats diferentes. Por eso, existe el peligro de que un tipo de hábitat pueda empeorar su situación frente a otros hábitats más comunes. No hay pruebas que sugieran que esto esté ocurriendo pero, si se descubriera que sucede, habría que revisar el sistema de cálculo de los ecopuntos y el hábitat más amenazado podría recibir más puntos, lo que haría más atractivo restaurar este tipo de hábitat en particular.

Para evitar estas consecuencias negativas de la compensación se regulan medidas correctoras. Por ejemplo, si un mismo objetivo de compensación se puede alcanzar dentro y fuera de una zona incluida en la Red Natura 2000, se dará preferencia a la medida que se aplique dentro. Con el objetivo de aumentar la coherencia espacial de los hábitats y evitar su aislamiento, se pueden asignar hasta diez ecopuntos adicionales por metro cuadrado a la medida de compensación cuando tiene un impacto positivo en una reserva natural, en un parque nacional o una zona Natura 2000.

Con respecto a la dimensión temporal de la compensación, se ha planteado la preocupación por los eventuales retrasos entre el impacto y el momento en que se completa la medida de compensación (Burgin, 2008). El reglamento de compensación tiene en cuenta este factor temporal. Para incentivar la provisión temprana de medidas de compensación, se regula una especie de «interés», de modo que cada medida de compensación que se registre como completada en una ecocuenta recibirá un porcentaje adicional del número original de ecopuntos.

Recompensar la provisión inicial de ecopuntos con un tipo de interés anual hasta que las medidas de compensación se ejecuten es, sin duda, una opción interesante para incentivar la compensación. Sin embargo, este interés podría poner en peligro el principio de «no pérdida neta», si los ecopuntos generados acumulan un valor adicional y se pueden utilizar para compensar un proyecto que destruye un valor ecológico mayor que el generado a través de la medida de compensación (Wissel y Wätzold, 2010).

Otra de las preocupaciones de la doctrina alemana es que haya una oferta y demanda suficiente de medidas de compensación para que el comercio funcione de forma eficiente (Wissel y Wätzold, 2010). El problema afecta, en particular, al sector agrícola. Como la agricultura pierde relevancia en todo el país, las tierras agrícolas se ven especialmente afectadas por la compensación. Hay normativa de los *Länder* que tiene en cuenta esta afección y limita que la compensación se pueda llevar a cabo en tierras agrícolas productivas.

Otro obstáculo se refiere al impacto regional de la compensación, ya que existe el riesgo de que aumente la brecha existente entre las zonas económicamente más prósperas y dinámicas y las regiones rurales del país. Allí donde hay desarrollo económico se requieren más medidas de compensación y puntos ecológicos. Por supuesto, esto no es un efecto de la compensación pero siente sus consecuencias: en términos de precios de la tierra, dificultad para encontrar medidas de compensación adecuadas y la demanda de créditos.

El citado informe del Tribunal de Cuentas de Hesse de 2004 documentaba las fuertes variaciones regionales de la compensación. Mientras que en la zona rural la proporción de superficie donde se producen los impactos negativos, en comparación con las superficies disponibles para compensación (tierras de cultivo, bosques y otras zonas) era del 2,2%, este porcentaje ascendía al 26,8% en otra zona del sur densamente poblada, donde la proporción de superficie destinada a infraestructuras y viviendas es unas siete veces mayor que en la zona del norte. Eso provoca que la oferta de ecopuntos sea también mucho mayor en las regiones económicamente más avanzadas. El número de puntos disponibles en los ecobancos es aproximadamente ocho veces mayor en el sur de Hesse que en la zona rural del norte (Wätzold y Wissel, 2016).

Para minimizar estas consecuencias, las medidas de compensación se deben llevar a cabo en la misma zona natural, lo cual evita la pérdida de naturaleza en las zonas prósperas y la concentración de medidas de compensación en el norte rural. Además, las medidas de compensación deben llevarse a cabo preferentemente cerca o en zonas de la red Natura 2000. Es imprescindible reforzar la integración de los nuevos proyectos económicos en las redes de hábitats existentes, lo que es beneficioso para la conservación de la biodiversidad y evita este aislamiento denunciado de las medidas de compensación.

Existen otros obstáculos que pueden tener un efecto negativo en la calidad de las medidas de compensación (Darbi, 2015), como son la necesidad de personal capacitado, la falta de coordinación y el dumping de precios, una actuación administrativa dispersa y a veces la falta de compromiso de los municipios. Un reto clave que merece más atención es la falta de personal cualificado en los órganos administrativos competentes, lo que limita su capacidad para llevar a cabo una adecuada labor de seguimiento. Para mejorar este déficit

se propone introducir requisitos más estrictos de información y transparencia. Como se ha dicho, la información permite a las partes interesadas verificar si se llevan a cabo las medidas de compensación y denunciarlo, en caso contrario (Heberling, Nitsch y Weinrebe, 2011).

En cualquier caso, después de casi 40 años de experiencia, la compensación ambiental siendo uno de los instrumentos de conservación más importantes y exitosos del Derecho alemán. En estos años se han perfeccionado los procedimientos y se han podido tasar mejor sus efectos. Por eso, el modelo alemán de mitigación de impactos se considera ejemplar a nivel internacional y un modelo para el resto de países de la UE.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BRUNS, Elke (2007): *Bewertungs- und Bilanzierungsmethoden in der Eingriffsregelung. Analyse und Systematisierung von Vorgehensweisen des Bundes und der Länder*, Tesis doctoral, Universidad Técnica de Berlín, disponible en <https://d-nb.info/984579451/34>.
- BURGIN, Shelley (2008), «BioBanking: An environmental scientist's view of the role of biodiversity banking offsets in conservation», *Biodiversity and Conservation*, Vol. 17, pp. 807-816, <http://dx.doi.org/10.1007/s10531-008-9319-2>.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014), «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *RVAP*, n° especial 99-100, pp. 979-1005, DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.041>.
- DARBI, Marianne (2015), «German Impact Mitigation Regulation – an example towards no net loss of biodiversity?», *Symposium 124 «Biodiversity management and development: challenges, opportunities and new directions»*, Le Corum, Montpellier.
- DARBI, Marianne y TAUSCH, Christian (2009), «Loss-Gain calculations in German Impact Mitigation Regulation», disponible en <https://www.forest-trends.org/>.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2016), «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en esta REVISTA, Monografías, n° XVI, pp. 85-114.
- HEBERLING, Tanja, NITSCH, Jörg y WEINREBE, Hartmut (2011), *Ökokonto im Wald als Zielgenaues Instrument des Naturschutzes*, disponible en <https://www.dbu.de/>.

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2018), «La trayectoria española de los bancos de conservación», en esta REVISTA, *Monografías*, n° XIX, pp. 57-73.
- WÄTZOLD, Frank y WISSEL, Silvia (2016), «German Impact Mitigation Regulation in Hessen», ob. col. *Biodiversity Offsets: effective design and implementation*, OECD, págs. 175-198, disponible en <https://www.oecd.org/>.
- WENDE, Wolfgang, HERBERG, Alfred y Angela (2005), «Mitigation banking and compensation pools: improving the effectiveness of impact mitigation regulation in project planning procedures», *Impact Assessment and Project Appraisal*, DOI: 10.3152/147154605781765652
- WISSEL, Silvia y WÄTZOLD, Frank (2010), «A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation», *Conservation Biology*, Vol. 24/2, pp. 404-411, Wiley for Society for Conservation Biology, disponible en <https://www.jstor.org/stable/40603365>.

PROPIEDAD VERSUS BIODIVERSIDAD (PERPLEJIDADES ANTE LA DOCTRINA ARGENTINA SOBRE LA PENÍNSULA DE MAGALLANES)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN^(*)
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. UN CONTEXTO DE NOTABLES AVANCES NORMATIVOS Y ALARMANTES CARENCIAS EJECUTIVAS.– II. LOS VERICUETOS DE LA CONSERVACIÓN DE LA PENÍNSULA DE MAGALLANES.– III. LA JUSTICIA HACE PREVALECCER LA PROPIEDAD SOBRE LA CONSERVACIÓN EN LOS CASOS COIHUE Y APEN AIKE.– IV. SOBRE EL ALCANCE DE LA CONSERVACIÓN EN LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS Y ESPECIALMENTE EN LA PENÍNSULA DE MAGALLANES.– V. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DEBER DE PROTEGER LA BIODIVERSIDAD.– VI. CONCLUSIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN. El objeto del estudio es analizar los criterios sostenidos por la Corte Suprema argentina, en los casos Coihue y Apen Aike, sobre la relación del derecho de propiedad con la protección de la biodiversidad. Para ello, referiremos brevemente el régimen de las áreas naturales protegidas en el contexto del federalismo ambiental argentino, lo que nos permitirá comprender las complicaciones de la protección provincial de la península de Magallanes. A continuación, tras exponer las tesis sostenidas en las sentencias, manejaremos los argumentos que nos llevan a discrepar de la jurisprudencia en cuestión al considerar: a) que no había ninguna situación de incertidumbre sobre la prohibición de los desarrollos hoteleros y urbanísticos en el parque provincial; y b) que la función social del derecho de propiedad en las áreas naturales ha de vincularse a la protección de la biodiversidad, sin que su contenido esencial permita incluir utilidades no estrictamente agrarias.

Palabras clave: derecho de propiedad; función social y contenido esencial; áreas naturales protegidas; principio de conservación; desarrollos turísticos y urbanísticos.

ABSTRACT. *Property versus Biodiversity. The purpose of the study is to analyze the criteria held by the Argentine Supreme Court, in the Coihue and Apen Aike cases, on the relationship of the right to property with the protection of biodiversity. To this end,*

(*) Agradezco las observaciones realizadas sobre el texto provisional por el prof. Ignacio de la Riva (Universidad Católica Argentina), sin perjuicio de reclamar la exclusiva responsabilidad por cuanto se contiene (u omite) en el texto. El trabajo se incluye en el proyecto de investigación sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2022 (PGC2018-099237-B-I00).

we will briefly refer to the regime of protected natural areas in the context of Argentine environmental federalism, which will allow us to understand the complications of the provincial protection of the Magallanes Peninsula. Next, after presenting the theses supported in the judgments, we will handle the arguments that lead us to disagree with the jurisprudence in question by considering: a) that there was no situation of uncertainty about the prohibition of tourist and urban developments in the provincial park; and b) that the social function of the right to property in natural areas must be linked to the protection of biodiversity, without its essential content allowing the inclusion of non-strictly agricultural utilities.

Key words: right to property: social function and essential content; protected natural areas; principle of conservation; tourist and urban developments.

I. UN CONTEXTO DE NOTABLES AVANCES NORMATIVOS Y ALARMANTES CARENCIAS EJECUTIVAS

La política de conservación a través de áreas naturales protegidas tiene una larga trayectoria en Argentina. En el ámbito federal, sus inicios se remontan a 1903, cuando el perito Moreno donó a la Nación un territorio que constituiría el origen del futuro parque nacional de Nahuel Huapi (1). Mediante la Ley 12103/1934, se estableció el régimen general de los parques nacionales, constituyéndose para su administración una institución autónoma denominada Dirección de Parques Nacionales (2). Posteriormente, con la vigente Ley 22351/1980, se aprobó el sistema nacional de áreas protegidas gestionado por el ente autárquico llamado Administración de Parques Nacionales (3).

En el ámbito provincial, el ejercicio de competencias en la materia parece haberse iniciado con las declaraciones del parque provincial de La Florida y de

(1) Con fecha 06/11/1903, Francisco Pascasio Moreno donó a la Nación con destino a parque nacional una superficie de 7.500 ha, procedente del territorio que se le había otorgado en recompensa por sus actuaciones como perito de límites entre Argentina y Chile (Ley 4192/1903, de 17 de agosto). En esa renuncia está el origen del parque nacional del Sur de 785.000 ha, declarado por Decreto de 08/04/1922, después denominado parque nacional de Nahuel Huapi (Ley 12103/1934).

(2) Ley de Parques Nacionales 12103/1934, de 29 de septiembre (BORA, 29/10/1934). Es en esta ley donde se crean los parques nacionales de Nahuel Huapi e Iguazú (art. 20).

(3) Ley de Parques Nacionales 22351/1980, de 4 de noviembre (BORA, 12/12/1980), donde se regulan los parques nacionales, los monumentos naturales y las reservas nacionales. El sistema nacional comprende también otras figuras de protección como las áreas marinas protegidas reguladas en la Ley 27037/2014, de 19 de noviembre (BORA, 16/12/2014). Resultan útiles los informes de gestión de la Administración de Parques Nacionales (2007) y de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2018). En la doctrina jurídica, véanse: M. A. López Alfonsín (2015) y (2016) e I. M. de la Riva (2018).

la reserva forestal de Aconquija, ambos en Tucumán (1936) (4). Paulatinamente, muy variadas iniciativas territoriales han ido determinando nuevas declaraciones protectoras y también leyes conformadoras de sistemas provinciales de áreas naturales protegidas. No siempre, sin embargo, las proclamaciones oficiales acaban por tener una traducción práctica en las áreas declaradas, que en algunos casos llegan a caricaturizarse como «reservas de papel» (5).

La separación competencial es propia del federalismo ambiental argentino. En el texto original de la Constitución de 1853, lo cierto es que la protección del medio ambiente no ocupaba ningún lugar, al igual que podía constatarse en el constitucionalismo comparado hasta el último cuarto del siglo XX. No obstante, la cláusula residual de competencia provincial (art. 101, actual art. 121: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal») potenció, sin duda, el entendimiento limitado de las atribuciones nacionales para implicarse en las cuestiones ambientales. Tras la trascendental reforma constitucional de 1994, esos iniciales planteamientos se siguen advirtiendo todavía en la norma que confiere a las provincias «el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio» (art. 124).

No obstante, se han producido significativos esfuerzos de coordinación para la puesta en marcha del sistema federal de áreas naturales protegidas, que reúne informaciones sobre los hábitats integrados competencialmente en la red nacional y en las redes provinciales (6). Otro mecanismo interesante de cooperación son los parques interjurisdiccionales, declarados y cogestionados

(4) La Ley de la Provincia de Tucumán 1646/1936 previó el destino a «parque provincial, reserva de fauna y flora y colonización» de la finca La Florida, cuya propiedad (9.882 ha) había sido adquirida por la misma Provincia. Por otra parte, en el origen del parque provincial de Aconquija, la Ley de la Provincia de Tucumán 1672/1936, de 3 de diciembre, previó la expropiación de 2.000 ha para «centros de veraneos», en los que se formarían lotes enajenables de hasta 5 ha, estableciéndose también el destino de 500 ha para reserva forestal, aunque la superficie afectada fue menor.

(5) Así, en *Wikipedia* (consulta: 23/04/2022). En términos más técnicos, cabe citar la referencia de M. Giaccardi & A. Tagliorette (2007: 22-30), donde la medición de la efectividad del manejo de un total de 45 áreas protegidas se lleva a cabo conforme a variables y parámetros relativos a personal, infraestructuras y equipamientos, financiamiento, planificación, y aspectos político-institucionales, concluyéndose que «el 80,6% de dichas áreas, en su gran mayoría sujetas a la jurisdicción provincial, no poseen o tienen escasos recursos para satisfacer el manejo básico, presentando un serio riesgo para su permanencia y viabilidad a largo plazo» (*ibídem*: 84).

(6) El sistema federal de áreas naturales protegidas se constituyó en 2003 por acuerdo entre la Administración de Parques Nacionales, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (hoy, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y el Consejo Federal de Medio Ambiente. Canaliza la información proporcionada voluntariamente por las autoridades nacionales y provinciales, impulsando la coordinación de 533 áreas protegidas, con una superficie total de más de 40 millones de hectáreas, equivalentes al 14,45% del territorio nacional (*sifap.gob.ar*; consulta: 08/04/2022).

por los correspondientes tratados entre la Nación y las provincias interesadas (7). Sin embargo, el carácter voluntario de ambas iniciativas condiciona el alcance real de sus logros, frecuentemente supeditados a discrepancias políticas ajenas o periféricas en relación con los graves intereses públicos implicados.

La vía más fructífera de coordinación parece ligada directamente al importante compromiso constitucional de protección del medio ambiente también asumido en 1994, donde por primera vez, en el art. 41, encontramos establecida la necesaria colaboración institucional en la materia:

«Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales».

Bajo ese paraguas constitucional, que ha tenido ya diversas aplicaciones, debe aprobarse la ley nacional que establezca los presupuestos mínimos de protección ambiental de todas las áreas protegidas (8). Por ahora, solo se han logrado sacar adelante algunas leyes de ese tipo en relación con políticas públicas referidas a específicos tipos de ecosistemas, como son los bosques nativos y los glaciares, ambos de gran significado en el territorio argentino y de enorme trascendencia en el planeta.

En la Ley de Bosques Nativos 26331/2007 (9) se establecen los presupuestos mínimos de protección ambiental de esos ambientes, previéndose tres categorías de conservación (art. 9): *categoría I (rojo)* para «sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse», por lo que se designan como «bosques a perpetuidad»; *categoría II (amarillo)* para «sectores de mediano valor de conservación» que pueden ser objeto de restauración; y *categoría III (verde)* para «sectores de bajo valor de conservación», en los que se admiten transformaciones conforme a lo previsto en la misma ley.

(7) Véase G. Martín (2013), donde se expone específicamente el régimen del primer parque interjurisdiccional, que fue el de la Patagonia Austral de Chubut (tratado aprobado por Ley de la Provincia de Chubut 5668/2007 y Ley nacional 26446/2008).

(8) Véase el proyecto de ley en la materia presentado en la Cámara de Diputados de la nación con fecha 26/06/2016 y reiterado en 2019 y 2021 (textos en *hcdn.gob.ar*). En otros sectores ambientales, se han ido aprobando las correspondientes leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental reclamadas en el art. 41 de la Constitución argentina. Así se aprecia en materia de residuos industriales (Ley 25612/2002), gestión de PCBs (Ley 25670/2002), aguas (Ley 25688/2003), acceso a la información pública (Ley 25831/2004), residuos domiciliarios (Ley 25916/2004), actividades de quema (Ley 26562/2009) o envases vacíos de fitosanitarios (Ley 27279/2016). Incluso la Ley General del Ambiente (Ley 25675/2002) se presenta como ley de presupuestos mínimos.

(9) Ley 26331/2007, de 28 de noviembre (BORA, 26/12/2007), de presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.

La ejecución de la Ley 26331/2007 corresponde a las provincias, encargadas de «realizar», en el plazo de un año, el correspondiente «ordenamiento territorial de los bosques nativos», donde se identifican y categorizan los ecosistemas afectados (art. 6). No obstante, la coordinación nacional de la actividad provincial establecida en dicha ley es importante, pues cuenta, entre otros, con los siguientes resortes: a) en la práctica, el carácter voluntario de la colaboración provincial queda condicionado por la prohibición legal de desmontes y de todo tipo de utilización y aprovechamiento de los bosques nativos en ausencia del citado ordenamiento territorial (arts. 7 y 8); b) las provincias cuentan (o mejor: deberían contar) con «la asistencia técnica, económica y financiera necesaria» de la autoridad nacional de aplicación (actualmente, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible); c) a su vez, la citada autoridad nacional es competente para la «acreditación» (léase: aprobación) de los bosques nativos y categorías de clasificación establecidos en los ordenamientos territoriales realizados por las provincias (art. 33); d) adicionalmente, la misma autoridad nacional queda habilitada para «constatar periódicamente el mantenimiento de las superficies de bosques nativos y las categorías de conservación declaradas por las respectivas jurisdicciones» (art. 34); y e) en fin, la acreditación nacional del correspondiente ordenamiento provincial condiciona el acceso al Fondo Nacional para el enriquecimiento y la conservación de los bosques nativos (arts. 30-39) (10).

La Ley de Glaciares 26639/2010, por su parte, establece un régimen de protección de estas masas de hielo y sus elementos integrantes vinculado a las autoridades nacionales (11). El Inventario Nacional de Glaciares es el instrumento principal de actuación (arts. 3-4), correspondiendo su confección al Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (art. 5). En la misma Ley directamente se prohíbe toda actividad que pueda afectar a la condición natural de los glaciares y específicamente cualquier contaminación, construcción, explotación minera o actividad industrial, con algunas

(10) El proceso de colaboración nacional-provincial sobre los bosques nativos ha sido analizado críticamente por L.M. Figueroa (2018), quien pone de relieve la heterogeneidad de las medidas adoptadas por las provincias, lo que se correspondería con las particularidades del federalismo ambiental argentino (*ibídem*: 23).

(11) Ley 26639/2010, de 30 de septiembre (BORA, 28/10/2010), de régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial. Con carácter pionero en la materia, véase el estudio de A. Iza & M.B. Rovere (2006: 11), quienes sostienen la necesidad de contemplar a cada glaciar «como integrante de un ecosistema y conectado con los ecosistemas adyacentes», dado que un glaciar es parte de la cuenca hidrográfica en la que vierte sus aguas, aunque sea a un ritmo más lento de caudales y ello, tanto con carácter general, como específicamente para los glaciares de la Argentina (*ibídem*: 35). Por eso los glaciares y el ambiente periglacial son «bienes de carácter público» (Ley 26639/2010: art. 1), específicamente considerados de dominio público en el Código Civil [Ley 26994/2014: art. 235.c)].

excepciones (art. 6). Como autoridad de aplicación se designa al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 9).

En definitiva, Argentina dispone de una importante legislación nacional sobre áreas naturales protegidas, cuya ejecución parece asegurada en el mismo nivel federal. Sin embargo, en los ámbitos provinciales surgen dudas sobre la efectividad de los mecanismos diseñados. Y ello pese a los esfuerzos de coordinación desarrollados, que, aun siendo significativos, todavía resultan incompletos.

II. LOS VERICUETOS DE LA CONSERVACIÓN DE LA PENÍNSULA DE MAGALLANES

En ese contexto, cabe situar el régimen de las áreas naturales protegidas establecido en la Provincia de Santa Cruz. Mediante la Ley provincial 786/1972 se regularon las figuras de parques, monumentos naturales y reservas provinciales, que habían de declararse por ley en virtud de sus valores estéticos, naturales o científicos, y cuya administración se encargaba al Consejo Agrario Provincial (12). Aunque ese régimen general ya no está vigente al haberse establecido una nueva regulación de las áreas protegidas en la Ley provincial 3466/2015, nos interesa ahora tenerlo en cuenta, dado que fue bajo el sistema de la Ley provincial 786/1972 cuando se puso en marcha la tutela de la península de Magallanes.

Centrándonos en la protección otorgada a la península de Magallanes, nuestra primera constatación ha de referirse a la no inclusión de ese territorio en el vecino parque nacional de Los Glaciares, cuya primera declaración protectora se remonta al año 1937 (13). Pese a ello, advertimos que, en el plan

(12) Ley de la Provincia de Santa Cruz 786/1972, de 29 de diciembre (BOPSC, 30/12/1972), de parques, reservas y monumentos naturales. Ha sido derogada por la Ley provincial 3466/2015, que establece el régimen general vigente en la materia para de la Provincia de Santa Cruz. Los *parques provinciales* se definían como «áreas a conservar en su estado primitivo», donde «toda explotación económica» estaba prohibida, salvo las actividades relativas al turismo y las que pudieran autorizarse en los terrenos de propiedad privada (art. 3). Los *monumentos naturales provinciales* estaban caracterizados como «regiones, objetos, especies» cuyos valores los hacían merecedores de «protección absoluta» (art. 6). Finalmente, las *reservas provinciales* se destinaban asimismo a la conservación de sistemas ecológicos, particularmente de las zonas de transición hacia los parques provinciales, aunque se admitía su creación independiente «cuando la situación existente no requiera el régimen legal de un parque provincial» (art. 7); en estas reservas, si bien se daba prioridad a la conservación, se podían autorizar actividades industriales y comerciales, centros urbanos y villas turísticas, la caza deportiva y los aprovechamientos forestales (art. 8).

(13) Decreto 105433/1937, de 11 de mayo, por el que se declararon cuatro reservas nacionales en la Patagonia (una de ellas Los Glaciares), transformadas en parques nacionales por Ley 9504/1945, de 28 de abril, ratificada por Ley 13895/1949, de 30 de septiembre.

de gestión del parque nacional, se considera necesario establecer explícitas referencias sobre la península en cuestión, y ello debido a que el conjunto de los espacios «por su vinculación física, resulta de suma importancia para la conformación del corredor biológico del bosque andino patagónico austral, la conservación de especies de alto valor de conservación y también para resguardar sus paisajes escénicos únicos» (14).

En todo caso, la península de Magallanes fue declarada reserva provincial por Ley provincial 2316/1993 (15). En ella, el ejecutivo provincial recibió el encargo de elaborar, en un plazo de 180 días, el plan de manejo del área, que hubiera debido de ser aprobado por la Cámara de Diputados de Santa Cruz en el sucesivo plazo improrrogable de 60 días. Durante esos 240 días se suspendieron nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo «o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras de la reserva». Para la gestión provisional de la reserva, se constituyó un Consejo de Administración integrado por el Consejo Agrario Provincial, la Subsecretaría de Turismo y la municipalidad de El Calafate.

Los plazos fueron incumplidos, lo que determinó su ampliación por 270 días adicionales (Ley provincial 2355/1994) y luego por el correspondiente período de sesiones parlamentarias (Ley provincial 2372/1994). En el mismo ejercicio, la Cámara adoptó la Ley provincial 2387/1994 aprobando el plan de manejo, aunque el veto gubernativo puso de relieve que, en realidad, se habían aprobado los objetivos del plan (16). Esos objetivos suponían notables avances en la conservación de la reserva, pues comprendían «el mantenimiento de la mayor parte del área en condiciones silvestres», limitándose la implan-

(14) Administración de Parques Nacionales (2019: 18, 23 y 28). La necesaria visión de conjunto del parque nacional y la península de Magallanes se refuerza en el estudio de E. Lannutti & alii (2020), donde se constata que, en el período 1994-2018, el glaciar Perito Moreno avanza y alcanza en diversas ocasiones la península de Magallanes, formando un dique de hielo que da lugar a los espectaculares rompimientos del glaciar.

(15) Ley de la Provincia de Santa Cruz 2316/1993, de 10 de junio (BOPSC, 15/07/1993), de creación de la reserva provincial península de Magallanes. Cabe indicar que el Gobernador de Santa Cruz vetó parcialmente la ley con la finalidad de permitir la construcción de una central hidroeléctrica proyectada en el río Mitre, proponiendo un texto alternativo que fue aceptado por la Cámara de Diputados provincial (Resolución 56/1993).

(16) La Ley provincial 2387/1994 fue la consecuencia de las dificultades que para la Cámara de Diputados santacruceña entrañaba la aprobación del proyecto de plan de manejo remitido por el ejecutivo provincial. Así, dadas la extensión y la complejidad del documento, el órgano legislativo provincial se limitó a aprobar la lista de objetivos que habrían de ser observados en la entonces reserva provincial de la península de Magallanes (Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Cruz, *Diario de Sesiones*, 24/11/1994: 856 ss.). Por Decreto 1785/1994, de 15 de diciembre, el Gobierno provincial expresó su veto a la denominación dada a la Ley 2387, que ha de entenderse ciertamente referida solo a los objetivos del plan de manejo de la reserva de Magallanes.

tación de servicios a «aquellos que resulten necesarios para la atención del visitante» y destinando para los asentamientos humanos y la infraestructura de servicios «la menor superficie que sea posible», entre otros extremos incluidos en el listado legal. No había, pues, plan de manejo, pero sí una guía clara de las restricciones que se consideraban necesarias en atención a la contigüidad del parque nacional Los Glaciares, en relación con el cual la reserva provincial se concebía explícitamente como «área de amortiguación».

En la Ley provincial 2387/1994 también se modificó la Ley provincial 786/1972 general en la materia para atribuir la calidad de «autoridad de ejecución» al Ministerio de Economía y Obras Públicas, sustituyéndolo, así, en las iniciales funciones del Consejo Agrario Provincial. Sin embargo, el cambio no tuvo mayores efectos prácticos, ya que el plan de manejo de la reserva de Magallanes continuó sin ser aprobado, lo que determinó continuas prórrogas del plazo legalmente previsto a tal fin: hasta el 30 de junio de 1996 (Ley provincial 2425/1995), por 240 días más (Ley provincial 2442/1996) y por 18 meses adicionales (Ley provincial 2492/1998).

Transcurridas todas las prórrogas sin que el plan de manejo viera la luz, se va a aprobar una notable ampliación del ámbito de protección por la Ley provincial 2662/2003, que modifica la Ley 2316/1993 para constituir el área natural protegida de la península de Magallanes, integrada por dos reservas provinciales (zona norte de 3.200 ha y zona sur de 6.000 ha) y el parque provincial (32.000 ha). Al año siguiente, los límites del área protegida fueron modificados en la Ley 2693/2004, que estableció una sola reserva provincial de 15.089 ha y un parque provincial de 27.598 ha.

Paralelamente, mediante Resolución 6/2004, el Consejo Agrario Provincial, que había recuperado sus competencias en la materia, aprobó el programa de usos del parque y de la reserva provinciales de la península de Magallanes (17). La necesidad de la regulación se identificaba en la situación de «emergencia turística» derivada de la elevada frecuentación de visitantes, lo que determinaba «solicitudes reiteradas» de servicios para descongestionar las pasarelas desde las que se contempla el glaciar Perito Moreno. El programa se presentaba como un régimen provisional de los usos hasta la aprobación del plan de manejo. En el parque provincial, específicamente, se excluían las subdivisiones de lotes, se fijaban los requisitos que habían de observarse en la construcción de viviendas unifamiliares, así como los condicionamientos de los proyectos de cualesquiera actividades. En la zona de la reserva provincial, aun-

(17) Programa de ordenamiento de usos públicos para el parque y la reserva provinciales de la península de Magallanes, aprobado por disposición 6/2004, de 4 de noviembre, del director general de Recursos Naturales del Consejo Agrario Provincial de Santa Cruz (BOPSC, 13/09/2007). No deja de llamar la atención el tiempo transcurrido entre la adopción del programa y su publicación.

que también quedaban prohibidas las subdivisiones, se permitía la instalación de un servicio turístico en cada lote con arreglo a determinadas características, de manera que cabía construir hosterías, restaurantes, baños, estacionamientos y centros de interpretación. La prolija relación se completaba con una cláusula general que excluía cualesquiera usos y actividades no contemplados en el programa hasta la aprobación del plan de manejo.

Posteriormente, se aprobaría un nuevo régimen general de las áreas protegidas de Santa Cruz en la Ley provincial 3466/2015 (18). Las categorías protectoras se amplían, lo que puede generar algunas dudas de aplicación, pues si bien se mantienen las áreas previamente declaradas, está prevista también la posible recalificación de las mismas (19). En relación con la península de Magallanes, parece claro que el parque provincial habría de continuar en la misma categoría dentro del nuevo sistema, mientras que la reserva provincial se correspondería con la nueva modalidad de la reserva con uso sostenible de los recursos naturales.

La calidad de la legislación provincial aprobada en Santa Cruz sobre las áreas naturales protegidas no está en duda. Sin embargo, la sucesión de prórrogas legales en relación con el plan de manejo de la península de Magallanes suscita fuertes incógnitas sobre el alcance de la gestión efectivamente practicada.

(18) Ley de la Provincia de Santa Cruz 3466/2015, de 26 de noviembre (BOPSC, 29/03/2016), de áreas protegidas estableciendo los criterios generales de conservación, ordenamiento y manejo de áreas protegidas. Deroga la Ley 786/1972.

(19) En la Ley provincial 3466/2015, las categorías de áreas protegidas son: reserva natural estricta, área natural silvestre, parque provincial, monumento natural, área de manejo o gestión de hábitats o especies, paisaje terrestre y marino protegido, y reserva con uso sostenible de los recursos naturales (en la derogada Ley provincial 786/1972, sólo se preveían parques, reservas y monumentos naturales). Conforme al art. 42 de la Ley provincial 3466/2015: «A la fecha de la promulgación de la presente ley, las áreas que se encuentren afectadas por regímenes de protección serán evaluadas por la autoridad de aplicación y conforme a lo que surja de dichos estudios, podrán ser declaradas por ley especial integrantes del sistema de áreas protegidas». Parece que la previsión legislativa, de conformidad con el principio de no regresión o de progresividad ambiental (Ley General del Ambiente 25675/2002: art. 4), ha de entenderse en el sentido de que se mantienen las áreas protegidas declaradas sin perjuicio de su recalificación en una de las nuevas categorías legales. Ese mismo principio habría de regir la interpretación del art. 4 de dicha Ley provincial 3466, donde se establece que «la afectación y desafectación de las áreas protegidas se efectivizará por ley», de manera que la desafectación no podría proceder de la libre discrecionalidad del legislador, sino de la existencia de una situación de degradación irreversible del área; criterio que podría conectarse con la exigencia explícita, en este art. 4 de la Ley provincial 3466/2015, de que «la delimitación, declaración y categorización de áreas protegidas será efectuada sobre la base de evaluaciones técnico-científicas teniendo en vista los objetivos de esta ley». Con referencia al principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el ordenamiento español, véase F. López Ramón (2011).

III. LA JUSTICIA HACE PREVALECER LA PROPIEDAD SOBRE LA CONSERVACIÓN EN LOS CASOS COIHUE Y APEN AIKE

En 2004 y 2005, dos empresas, ambas propietarias de fincas situadas dentro del parque provincial de la península de Magallanes, iniciaron acciones contra la Provincia de Santa Cruz. Reclamaban la declaración de inconstitucionalidad de las leyes provinciales y otras actuaciones que habían congelado la explotación económica de sus fundos.

En el caso Coihue (20), la empresa era titular, desde la década de 1970, de dos predios de 108 y 392 hectáreas de superficie respectivamente. En el segundo de ellos, al ser de difícil acceso, la misma reclamante estimaba disminuida la «superficie aprovechable». En cambio, el primero de los terrenos le resultaba particularmente atractivo «para el desarrollo de diversos emprendimientos», al contar con importantes vistas y panorámicas en la cercanía del camino de acceso al glaciar, situación que hubiera permitido parcelar el terreno y construir un hotel. Además de la declaración de inconstitucionalidad, la empresa solicitaba la indemnización de los daños y perjuicios que se le habían causado.

En el caso Apen Aike (21), la empresa identificaba siete fincas de su propiedad de extensiones comprendidas entre 7 y 767 hectáreas, «cuya proximidad al glaciar Perito Moreno las transforman en inmuebles de alto valor turístico». Como prueba de ello manejaba un convenio de opción de compra de uno de los fundos con una compañía interesada en construir un emprendimiento hotelero. Se limitaba a reclamar la inconstitucionalidad, sin exigir indemnización.

Con una considerable demora de 17 años, la Corte Suprema argentina va a estimar sustancialmente las pretensiones en ambos casos. En la sentencia de Coihue lleva a cabo la argumentación más completa a fin de concluir que las limitaciones del dominio por razones ambientales habían violado los derechos de propiedad y comercio de la actora, que debía ser indemnizada por tal afectación. El razonamiento comprende los siguientes hitos (cdo. 3): a) la regulación provincial de la península de Magallanes; b) la protección constitucional de los derechos de propiedad y comercio; c) la tutela ambiental

(20) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 18 de noviembre de 2021, *Coihue S.R.L. c/ Provincia de Santa Cruz* (CSJ 3162/2004), voto conjunto de los magistrados H.D. Rosatti y J.C. Maqueda, y voto del magistrado C.F. Rosenkraz (sin discrepancias en el fallo).

(21) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 18 de noviembre de 2021, *Apen Aike S.A. c/ Provincia de Santa Cruz* (CSJ 2511/2005), voto conjunto de los magistrados H.D. Rosatti y J.C. Maqueda, y voto del magistrado C.F. Rosenkraz (sin discrepancias en el fallo).

en los regímenes federal y provincial; *d*) la existencia de una lesión de los derechos constitucionales; y *e*) la pertinente reparación patrimonial. Referiremos a continuación los principales extremos de cada uno de esos aspectos.

El régimen general de las áreas naturales protegidas establecido, primero, en la Ley provincial 786/1972 y después, en la Ley provincial 3466/2016, se resumía por la Corte en los siguientes puntos (cdo. 4): *a*) posibilidad de declarar áreas protegidas provinciales por su importancia ambiental con el objetivo de conservar la diversidad biológica; *b*) existencia de diferentes categorías de áreas naturales protegidas, entre las cuales figuran los parques provinciales y las reservas con uso sostenible de los recursos naturales; *c*) previsión de una tipología dentro de las áreas naturales protegidas, que comprenden las modalidades de zonas intangible, restringida, de uso controlado, de uso público, de rehabilitación, histórico cultural y de amortiguación; *d*) sujeción de los asentamientos humanos a las pautas que establezca la autoridad competente, aunque se incluyen criterios muy restrictivos en los parques provinciales remitiendo su desarrollo al plan de manejo del área; y *e*) sometimiento de las propiedades privadas a las restricciones y los límites correspondientes. En relación con la península de Magallanes (cdo. 5), en la sentencia se recogen las referencias normativas desde la declaración de la reserva provincial en 1993, comprendiendo las sucesivas prórrogas del plazo para aprobar el plan de manejo, hasta llegar a la declaración del parque y la reserva provinciales en 2003, y a su inserción en el nuevo marco proporcionado por la Ley provincial 3466/2015.

A continuación, la Corte recuerda el alcance de los derechos constitucionales de propiedad y de comercio (cdo. 6), reclamando expresamente la función social del derecho de propiedad. En el análisis de los límites de tales derechos (cdo. 7), se sostiene, de una parte, que ambos derechos «no son absolutos», aunque, de otra parte, se subraya que tampoco son absolutas «las atribuciones de los poderes públicos a la hora de reglamentarlos», dado que «en el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juricidad y a la razonabilidad constitucional». En consecuencia, el órgano habilitado constitucionalmente para reglamentar los derechos patrimoniales, no sólo debe observar «el procedimiento previsto al efecto», sino también «el respeto por su contenido esencial».

En el siguiente paso argumental de la sentencia del caso Coihue (cdo. 8), trata de definirse el alcance de la tutela ambiental establecida en la reforma constitucional de 1994. Del derecho al ambiente previsto en el art. 41 de la Constitución, la Corte deduce «ciertas pautas de inexcusable consideración» como son (cdo. 9): *a*) la visión sistémica del medio ambiente, que obliga a garantizar el equilibrio entre los elementos que lo componen; *b*) la configuración de la protección ambiental como «un derecho-deber del individuo y de

la sociedad», con la consecuencia de que «no podría convalidarse ni ética ni jurídicamente el perjuicio al equilibrio medioambiental»; c) la imposición de un deber de solidaridad intergeneracional expresado en la fórmula del desarrollo sustentable; d) la exigencia de un uso racional de los recursos que se impone tanto al productor como al consumidor; y e) finalmente, se constata que, en el reparto de competencias relativas a la protección del medio ambiente, a la Nación corresponde el establecimiento de los presupuestos mínimos y a las provincias la regulación complementaria, lo que lleva a considerar que «las limitaciones administrativas a la propiedad privada que se establecen con fines medioambientales son de índole local», debiendo respetarse en ellas el principio de razonabilidad previamente enunciado. Por añadidura, en la sentencia se indica que los efectos de la constitucionalización de la tutela ambiental se refuerzan en el caso de la Provincia de Santa Cruz, cuya propia Constitución impone al poder público y a los particulares la obligación de cuidar y preservar el medio ambiente (cdo. 10).

En ese contexto, la Corte no encuentra ningún reproche constitucional a las sucesivas declaraciones de reserva y parque provinciales de la península de Magallanes (cdo. 11), que inscribe «en el cumplimiento del mandato constitucional». Sin embargo, inmediatamente se precisa que «lo dicho no implica la automática razonabilidad del conjunto de normas impugnadas», a las que sí se reprocha que «prohibieron a los propietarios —a lo largo de los años— aprobar nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier actividad que pueda comprometer el destino de las tierras de la actora por la ausencia del dictado del plan de manejo». Y aquí empiezan las declaraciones relevantes de la sentencia Coihue, no sólo con respecto al supuesto controvertido, sino con carácter general, pues ponen de relieve un restrictivo entendimiento de la protección de la biodiversidad en relación con el derecho de propiedad y la libertad de empresa.

En efecto, a partir del punto indicado, la sentencia parece reflejar una filosofía diferente de la hasta entonces expuesta. El derecho-deber del individuo y de la sociedad que anteriormente se había establecido como caracterización esencial de la protección constitucional del medio ambiente, queda soslayado y sustituido por la tajante separación entre Estado y Mercado que pasa a condicionar la decisión de la Corte. Aunque se afirme que ambos elementos «se necesitan recíprocamente», lo cierto es que los papeles quedan claramente desequilibrados, pues, «dentro de una sociedad que asume las bases del sistema capitalista», en realidad solo el Estado parece resultar comprometido en el establecimiento de «reglas de juego claras, transparentes e igualitarias», mientras que el Mercado ha de regirse por la más completa libertad dentro del exclusivo respeto a las específicas reglas establecidas. Así, la separación entre Estado y Sociedad característica del régimen liberal va a interpretarse por la Corte Suprema argentina como una separación entre la protección del medio

ambiente que ha de asumir el poder público y el desarrollo del mercado que libremente corresponde a los particulares.

Desde las bases anteriores, la consecuencia establecida en la sentencia es el rechazo adusto de la inactividad observada por las autoridades de la Provincia de Santa Cruz (cdo. 12):

«...la regulación provincial al vedar —por décadas— la aprobación de nuevas subdivisiones, proyectos de desarrollo o cualquier otro acto que pudiera comprometer el destino de las tierras, hasta el dictado del plan de manejo del área que, de acuerdo a las constancias del expediente, nunca vio la luz, afectó en forma arbitraria al derecho de propiedad y de comerciar de la parte actora».

La Corte reprocha agríamente, en el proceder de la Provincia, «una ausencia de razonabilidad y coherencia», generadora de «incertidumbre jurídica» para la empresa reclamante. Desde 1993 viene postergándose todo desarrollo de emprendimientos en el área protegida debido al «comportamiento vacilante» de la Provincia en la sanción del plan de manejo. Adicionalmente, se aprecia que el programa de ordenamiento de usos públicos aprobado por disposición 6/2004 del Consejo Agrario Provincial ratifica las restricciones de usos. Por todo ello, la Corte concluye que la Provincia de Santa Cruz ha impedido «de modo prácticamente absoluto el derecho a disponer de la propiedad y de comerciar».

Se insiste en la sentencia en que no se trata de discutir la finalidad de tutela ambiental implicada en la protección de la península de Magallanes, «sino de reprobación la desidia» en que se incurrió al no aprobarse el plan de manejo. En este sentido, el énfasis judicial sobre los valores naturales afectados es completo:

«...se encuentra fuera de toda discusión que el área protegida de la península de Magallanes y el área adyacente a ésta, el parque nacional Los Glaciares y especialmente el glaciar Perito Moreno, constituyen bienes naturales únicos e irrepitibles de la más digna y elevada tutela jurídica».

La Corte afirma incluso comprender que, en las áreas protegidas, «por principio, la actividad humana debe estar restringida y subordinada a la conservación». Sin embargo, «ese indiscutible reconocimiento no aminora la manifiesta ilegitimidad de la demandada, al no asumir su deber de determinar en concreto el régimen de usos». Conclusión que se afianza en la sentencia al considerar el laconismo o la pasividad provincial que cabría observar en las diversas fases del proceso (cdo. 13). Es, por tanto, la tardanza, el retraso, la desidia, la incertidumbre generada por el ente provincial lo que determina el reproche del tribunal: 11 años transcurrieron desde la primera protección de la península de Magallanes hasta el inicio de la acción judicial (1993-2004) y 17 años más se han acumulado sin que la Corte pudiera disponer de tiempo para formular tan duros reproches (2004-2021).

Establecida «la ilegitimidad y arbitrariedad» de la actuación provincial, se aborda el derecho de la empresa demandante a obtener una reparación patrimonial (cdo. 14-15). La Corte entiende que «resulta indiscutible la falta de servicio» (cdo. 16), consistente en la omisión del pertinente plan de manejo, lo que le lleva a admitir perjuicios por gastos de estudios y proyectos, y por el valor económico de la pérdida de oportunidad (22).

Finalmente, la Corte determina el alcance de la declaración de ilegitimidad de las prohibiciones aplicadas (cdo. 18), estableciendo que el cumplimiento de las mismas «no podrá ser exigido hasta que la Provincia de Santa Cruz establezca el régimen definitivo de restricciones». Para ello, se estima «prudente» abrir un nuevo plazo improrrogable de 120 días durante el que el plan de manejo podrá ser aprobado por la Provincia, con el objeto de «no menoscabar su legítimo propósito de preservar el ambiente».

IV. SOBRE EL ALCANCE DE LA CONSERVACIÓN EN LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS Y ESPECIALMENTE EN LA PENÍNSULA DE MAGALLANES

La tensión entre planteamientos opuestos es evidente en las sentencias relativas a la península de Magallanes: por una parte, se considera que los altos valores naturales en ella concurrentes justifican su conservación; sin embargo, por otra parte, se estima que el alcance de dicha conservación es inseguro al no haberse aprobado el plan de manejo del área. En un primer momento, la Corte resuelve la duda dando prevalencia al último planteamiento, puesto que declara la invalidez de las prohibiciones establecidas en la legislación provincial; pero, a continuación, concede una oportunidad a la conservación estableciendo un plazo para la aprobación del plan de manejo, cuyo cumplimiento serviría para reponer las prohibiciones.

En consecuencia, cabe sostener que solo la incertidumbre generada en los propietarios por la tardanza provincial en aprobar al plan determina la nulidad del régimen tutelar del área natural protegida. Seguridad jurídica y confianza legítima serían los principios salvaguardados en las sentencias de

(22) En la sentencia, el importe de los gastos de estudios y proyectos que realizó la empresa para los emprendimientos frustrados se fija en 240.000.- pesos argentinos; el valor económico de la pérdida de oportunidad pericialmente alcanzó la cifra de 6.426.080.- pesos. A ambas cantidades ha de aplicarse la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina: en relación con los gastos, desde 1993, y para la pérdida de oportunidad desde 2008 (cdo. 17). Según la tabla de cálculo que proporciona la Web del Colegio de Abogados de Tucumán, para principios del mes de abril de 2022, las cantidades adeudadas sumarían respectivamente 7.278.367.- pesos y 59.405.355.- pesos, equivalentes a 60.154.- euros y 491.038.- euros (s.e.u.o. por mi parte).

los casos Coihue y Apen Aike. Ahora bien, ¿hasta dónde podría llegarse en el mantenimiento de tales principios?, ¿sería legítimo darles un efecto anulatorio de la conservación? Porque eso es lo que parece deducirse de las sentencias Coihue y Apen Aike: o se aprueba el prometido plan de manejo o la protección del área deja de ser aplicable.

Como enseguida vamos a ver, el plan de manejo reclamado ya ha sido aprobado dentro del plazo establecido por la Corte. Ello no obsta a que lícitamente podamos plantearnos qué hubiera sucedido caso de incumplirse el término fijado. ¿Exige o acaso permite el ordenamiento jurídico argentino levantar la protección de un área debido a la inactividad o pasividad pública? ¿Es tal solución la única utilizable judicialmente para garantizar el respeto de la seguridad jurídica?

Creo que la respuesta a esos interrogantes debiera distinguir entre dos cuestiones: la primera, que paso a tratar de seguido, es de tipo interpretativo y versa sobre el fundamento de la situación de incertidumbre sostenida por la Corte; la segunda, de la que me ocuparé en el siguiente epígrafe, es de corte más dogmático, pues se refiere al contenido esencial del derecho de propiedad en las áreas naturales protegidas. Vamos, pues, por partes.

En relación con el primer problema, mi tesis es que, en el caso concreto planteado por las empresas Coihue y Apen Aike, no había ninguna situación de inseguridad jurídica, puesto que, tanto con plan de manejo como sin el mismo, el sistema legal impedía o prohibía construir hoteles y realizar urbanizaciones en el parque provincial de la península de Magallanes, que era lo pretendido por las demandantes.

Ciertamente, a la vista de las diversas normas promulgadas, pueden establecerse sucesivas fronteras temporales derivadas del establecimiento de diferentes declaraciones protectoras en la península de Magallanes. En este sentido, cabría sostener que los sistemas tutelares han obedecido al principio de progresividad ambiental, dado que el alcance de las medidas de conservación se ha incrementado en las dos vías de intervención pública aplicadas concretamente a la península: una es la política de áreas naturales protegidas, donde se constata que la inicial reserva provincial (1993) se reclasificó como parque provincial (2003); y otra es la correspondiente a la política de bosques nativos, que también muestra los avances en la conservación, ya que, de la primera inclusión de la península en la categoría II para sectores de mediano valor de conservación (2010), se ha pasado a incluirla en la categoría I para sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse (2021). Comprobemos estas evoluciones.

Dentro del sistema de áreas naturales protegidas, en el primer momento, la declaración de la reserva provincial de la península de Magallanes (Ley provincial 2316/1993) no conllevó la prohibición de su explotación económica,

salvo por aplicación de la suspensión de subdivisiones y proyectos establecida provisionalmente hasta la aprobación del plan de manejo. En efecto, en el régimen general aplicable, la prioridad otorgada a la conservación era compatible, dentro de ciertos límites, con las actividades industriales y comerciales, y con la instalación de centros urbanos o villas turísticas, entre otros extremos (Ley provincial 786/1972: art. 8).

El planteamiento cambió cuando, años después, la mayor parte de la península fue declarada parque provincial (Ley provincial 2662/2003), ya que esta categoría, en los términos del régimen general entonces vigente, comprendía (Ley provincial 786/1972: art. 3):

«...las áreas a conservar en su estado primitivo, sin otras alteraciones que las necesarias para asegurarse su control y la atención del visitante. En ellas está prohibida toda explotación económica, con excepción de las derivadas del turismo y de las que puedan efectuarse en propiedades privadas, en ambos casos con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación».

El posterior establecimiento de un nuevo régimen general de las áreas naturales protegidas en la Provincia de Santa Cruz, no ha cambiado el objetivo legal de los parques provinciales, que sigue siendo «proteger la biodiversidad natural», por lo que, entre otras limitaciones, se prohíben los asentamientos humanos y toda acción «que pudiera originar alguna modificación del paisaje o del equilibrio biológico» (Ley provincial 3466/2015: art. 9, categoría II).

Obsérvese que este régimen prohibitivo es aplicable con independencia de la aprobación del plan de manejo. Podía decirse que el carácter provisional de las prohibiciones establecidas en 1993 para la península de Magallanes, fue sustituido en 2003 por un régimen definitivo y general que en todo caso impedía los aprovechamientos hoteleros y urbanísticos.

Como hemos indicado, paralela evolución progresiva se advierte en el sistema de bosques nativos establecido en la Ley nacional 26331/2007 y aceptado, en el caso de Santa Cruz, por la Ley provincial 3031/2008 (23). Así, en el primer ordenamiento territorial de bosques nativos (2010), la península de Magallanes fue incluida en la categoría II como sector de «mediano valor de conservación» (24). Más recientemente, en el documento técnico correspondiente al segundo ordenamiento territorial de bosques nativos (2021), se prevé el paso de la península a la categoría I, prevista, como nos consta, para

(23) Ley de la Provincia de Santa Cruz 3031/2008, de 28 de agosto (BOPSC, 21/10/2008).

(24) Ley de la Provincia de Santa Cruz 3142/2010, de 8 de julio (BOPSC, 17/08/2010), en relación con lo establecido en el art. 9 de la Ley nacional de Bosques Nativos 26331/2007.

«sectores de muy alto valor de conservación que no deben transformarse», por lo que el territorio afectado se designa como «bosque a perpetuidad» (25).

En definitiva, las anteriores previsiones normativas parece que han de llevarnos a estimar que no había ninguna situación de incertidumbre sobre la viabilidad de las pretensiones de explotación económica de las propiedades pertenecientes a las empresas Coihue y Apen Aike. Tanto la construcción de hoteles como la formación de urbanizaciones, que eran sus concretas aspiraciones empresariales, habían de considerarse prohibidas en el parque provincial de la península de Magallanes.

No podemos olvidar, ciertamente, que seguía sin cumplirse el mandato legal de aprobar el plan de manejo del área, con infracción de los plazos establecidos y ampliados en diversas ocasiones. Sin embargo, es dudoso que el plan en cuestión pueda merecer la relevancia que termina dándole la Corte Suprema en los casos que estamos analizando.

En primer lugar, conviene tener en cuenta que, en un principio, no existía una definición legal del instrumento denominado plan de manejo de un área natural protegida, que no se regulaba ni en la legislación de Santa Cruz (Ley provincial 786/1972) ni en la legislación nacional (Ley 22351/1980). Lo lógico o lo adecuado habría sido disponer de un régimen normativo estableciendo el contenido documental y material del plan, así como el procedimiento de elaboración y aprobación, y los efectos derivados del mismo.

Las únicas y parcas referencias las encontramos en la originaria y singular Ley provincial 2316/1993, que estableció plazos (luego prorrogados por diversas leyes provinciales) para la elaboración del plan de manejo por el ejecutivo provincial y para la aprobación por el órgano legislativo. Es decir, el legislador introdujo una de las llamadas reservas formales de ley, que derivan de la directa regulación de una materia en un texto legal, de manera que admiten la posterior deslegalización por una nueva ley de signo contrario (26). No solo eso, sino que, además, debe quedar claramente establecido que esas reservas formales de ley no vinculan jurídicamente al propio poder legislativo, que siempre goza de plena discrecionalidad política para aprobar o no aprobar las leyes. Las mayorías y las preferencias parlamentarias pueden variar, incluso a lo largo de una misma legislatura, sin que ello suponga ninguna quiebra del ordenamiento constitucional.

(25) Véase P.L. Peri, C. Quevedo, J. de Urquiza & A. Alberti (2021. 17, figura 8), donde se contiene la nueva categorización del parque provincial de la península de Magallanes. El alcance de las categorías, siempre en el art. 9 de la Ley nacional de Bosques Nativos 26331/2007.

(26) Como se recordará, las reservas materiales de ley, en cambio, no pueden ser objeto de deslegalización, dado que al estar previstas en la Constitución exigen siempre la observancia del rango normativo impuesto en el texto fundamental.

Pues bien, da la impresión de que la Corte Suprema no ha tenido en cuenta las limitaciones inherentes a la reserva formal de ley establecida en la Ley provincial 2316/1993 para aprobar el plan de manejo de la península de Magallanes. La exigencia de ley operaba en un completo vacío normativo sobre las características formales y sustanciales del plan. En consecuencia, la remisión por el ejecutivo santacruceño a la Cámara de Diputados provincial del correspondiente proyecto de ley —dentro del plazo previsto— convirtió las tensiones que el contenido del plan de manejo producía, entre los actores económicos, sociales y profesionales enfrentados, en tensiones propiamente políticas que no pudieron ser superadas. Los diputados, tal y como hemos indicado anteriormente y se recoge con detalle en el voto del magistrado Rosenkraz, se quejaban de la imposibilidad de aprobar un documento técnico dotado de alto grado de complejidad.

En tal situación, la Cámara actuó como le pareció que debía hacerlo en uso de su discrecionalidad. Así, mediante Ley provincial 2387/1994, aprobó únicamente los objetivos conservacionistas que habían de cumplirse en el plan de manejo de la reserva provincial (27). Unos objetivos que, de nuevo, difícilmente cabría compatibilizar con la construcción de los hoteles y las urbanizaciones pretendidas por las empresas demandantes en los casos Coihue y Apen Aike, pues incluían «conservar el equilibrio ecológico..., procurando el mantenimiento de la mayor parte del área en condiciones silvestres», «mantener el carácter silvestre del corredor turístico del acceso al glaciar Perito Moreno, limitando la implantación de servicios a aquellos que resulten necesarios para la atención al visitante» o «destinar la menor superficie que sea posible para los asentamientos humanos y la infraestructura de servicios a instalar. (...)». No cabían ni hoteles ni urbanizaciones.

Al legislativo, en aquella Ley provincial 2387/1994, le faltó levantar la reserva formal de ley que había establecido previamente en la Ley provincial 2316/1993. Hubiera sido útil, en efecto, deslegalizar la aprobación del plan atribuyéndola a la competencia del Gobierno provincial. Al persistir la exigencia, sucesivos intentos de aprobar el plan de manejo fracasaron también, de manera que, tras el desdoblamiento de la inicial reserva provincial en parque y reserva provinciales (por Ley provincial 2662/2003), solo pudo aprobarse administrativamente el programa de ordenamiento de usos públicos (28). Este se planteó como un instrumento provisional hasta la aprobación del plan de manejo, que —se decía en el mismo programa— «no es algo que se deba realizar de forma apresurada» —reproche que, desde luego, nadie dirigiría

(27) Los objetivos del plan de manejo se aprobaron por Ley provincial 2387/1994, de 24 de noviembre (BOPSC, 20/12/1994).

(28) Disposición del director general de Recursos Naturales 6/2004, anteriormente citada.

a las autoridades santacruceñas (29) —. Entre las previsiones del programa en relación con el parque provincial, cabe destacar la prohibición de subdividir lotes y el establecimiento de las condiciones para el desarrollo de viviendas unifamiliares en las fincas de propiedad privada. Se permite, por tanto, la construcción de elementos que permitirían el aprovechamiento y disfrute de las fincas, pero sin generar emprendimientos hoteleros ni parcelaciones propiamente urbanísticas. En todo caso, la aprobación de los proyectos no contemplados en el programa queda pospuesta hasta la confección del plan de manejo.

Una novedad importante en la materia será, por fin, la aprobación del régimen general de los planes de manejo en la nueva Ley provincial de áreas protegidas 3466/2015. Encontramos establecidos allí los siguientes contenidos (arts. 23-24): a) la competencia del Gobierno provincial para la aprobación del plan, produciéndose la deslegalización de la reserva de ley que, para la península de Magallanes, se contenía en la declaración originaria de 1993; b) el carácter periódico del plan, que ha de ser objeto de revisión y actualización a propuesta de la autoridad de ejecución; c) las reglas que limitan estrictamente la ubicación de infraestructuras, equipamientos e instalaciones destinadas al turismo en las zonas categorizadas como de uso público; d) la consideración excepcional de cualquier actividad no contemplada en el plan, prohibiéndose la «modificación sustancial de las condiciones ecológicas del área»; y e) los componentes que en todo caso han de integrar el plan de manejo, incluyendo objetivos, delimitación, caracterización, categoría asignada, zonificación, programas de manejo y plan de monitoreo.

Finalmente, en el plazo concedido por la Corte Suprema, el Gobierno de la Provincia de Santa Cruz ha acertado a aprobar el plan de manejo o gestión del área natural protegida de la península de Magallanes (30). No sé si este documento podrá aliviar la incertidumbre jurídica de los propietarios amparados en las sentencias que estamos analizando. Se trata de un volumen que sigue los postulados metodológicos de la planificación en la materia, particularmente de los indicados en la guía preparada por la autoridad nacional argentina (31). Para su elaboración, se ha seguido un amplio proceso partici-

(29) La sorprendente excusa quizá deba relacionarse con la necesidad de «alcanzar el mayor consenso en el manejo del área en cuestión», consenso de «todos los sectores técnicos, comerciales y poblaciones cercanas» que, sin duda, era difícil de lograr.

(30) Decreto 303/2022, de 16 de marzo (BOPSC, 17/03/2022), que incorpora el enlace al documento Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022).

(31) Administración de Parques Nacionales (2010), guía explícitamente reclamada en Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022: 4). Véanse también: el estudio pionero en la materia de K. Miller (1980) y la conocida guía de la IUCN realizada por L. Thomas & J. Middleton (2003).

pativo, implicando a diversas administraciones territoriales, actores privados e integrantes del sistema de conocimiento (32).

Los puntos de partida consisten en una detallada caracterización del área protegida, con examen de su patrimonio natural y cultural, las modalidades de ocupación y uso del espacio, y los valores y objetivos de conservación (33). En el diagnóstico, se destaca la naturalidad e integridad del paisaje como uno de los principales valores de la conservación del área, que en términos generales se considera en buen estado, aunque se advierten los peligros que puede conllevar el impacto de la acción antrópica (34).

Se explica, así, en el plan de manejo, que tanto la zona de reserva como la de parque provincial presentan «un carácter eminentemente rural», pues la incorporación del turismo se llevó a cabo «como una actividad complementaria y fuertemente unida a la integridad de los paisajes y de los valores naturales de la misma». En tal sentido, se considera la conectividad de los ambientes implicados como «elemento clave» para la conservación a largo plazo del área, lo que se estima corresponde al objetivo legal establecido en el área protegida de «conservar el equilibrio ecológico de los sistemas naturales representados» (Ley provincial 2387/1994). La consecuencia obtenida constituye un sólido aval de la prohibición de subdivisiones que viene imponiéndose —provisional pero explícitamente— en la península de Magallanes desde su primera declaración protectora:

«En función de lo expuesto cabe señalar que cualquier eventual subdivisión o fraccionamiento de las unidades catastrales existentes al momento de la creación del área natural protegida península de Magallanes, implicaría implícitamente un incremento en la fragmentación, actual o potencial, de los ambientes y en una consecuente pérdida de naturalidad para el área» (35).

La zona de reserva provincial puede admitir, junto a su vocación primaria de uso rural, la actividad turístico-recreativa, siempre tras seguir el pertinente

(32) Véase Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022: 4-5), donde se recoge el «mapa de actores» (*ibidem*: anejo I), que refiere órganos y entes administrativos de los diversos niveles territoriales (nacional, provincial y local), así como variados actores del ámbito privado (sector productivo, organizaciones sociales) y del sistema de conocimiento (universidades y centros de investigación).

(33) Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022: 10-76). El estudio de la ocupación y uso del espacio identifica la existencia, en el momento de la primera declaración protectora (Ley 2316/1993), de 42 fracciones en manos privadas con superficies comprendidas entre 1,5 ha y 16.000 ha (*ibidem*: 45). Las estancias asentadas desde principios del siglo XX fueron modificando su perfil inicial de ganadería ovina para incorporar ganado vacuno y vincularse después paulatinamente a las actividades turísticas (*ibidem*: 46-47).

(34) *Ibidem*: 78 y 84-85.

(35) *Ibidem*: 92. Las citas anteriores se encuentran en esta misma página.

procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En cambio, el sector del parque provincial presenta una mayor vulnerabilidad, por lo que «no deberá admitirse ningún tipo de subdivisiones», ya que «cada nueva unidad implicaría una potencial multiplicación de infraestructura, asentamiento humano, intervención e impactos sobre la condición ambiental del área» (36). Ello supone que las opciones de turismo responsable sean las únicas admisibles conforme a las características habilitadas en el plan de manejo; en ningún caso se consideran compatibles los grandes establecimientos hoteleros (37).

Ni subdivisiones ni hoteles, ya está dicho. El plan de manejo del parque (2022) confirma la conservación impuesta en los objetivos atribuidos al plan de manejo de la primitiva reserva por la Ley provincial 2387/1994. En todo caso, ambos aprovechamientos eran incompatibles con el parque provincial declarado en 2003, conforme a los regímenes generales sucesivamente establecidos en Santa Cruz (Leyes provinciales 786/1972 y 3466/2015). El programa de ordenación de los usos públicos del área aprobado en 2004 confirmó esos planteamientos. Además, la intangibilidad del área quedó confirmada y potenciada al incluir bosques nativos catalogados finalmente en la categoría de mayor nivel de conservación (Ley nacional 26331/2007 y Ley provincial 3031/2008).

Mientras tanto, la exigencia de una ley para aprobar el plan de manejo del área resultó de muy difícil desenvolvimiento político y técnico. Y ello, al margen de las lagunas en cuanto a su régimen jurídico, no resueltas hasta la Ley provincial 3466/2015, donde, por fin, se levantó la reserva de ley para su aprobación. Así, compelido por la Corte Suprema, el ejecutivo santacruceño ha logrado aprobar el plan de manejo de 2022 que confirma lo que ya se imponía en la legalidad: que no pueden hacerse subdivisiones ni hoteles en el parque provincial de la península de Magallanes.

V. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DEBER DE PROTEGER LA BIODIVERSIDAD

Acabamos de sostener que el régimen aplicable al parque provincial de Magallanes no generaba incertidumbre sobre la prohibición de los aprovechamientos económicos pretendidos por las empresas. Ahora hemos de plantearnos si la misma prohibición entraña violación del contenido esencial de los derechos de propiedad afectados.

En las sentencias Coihue y Apen Aike, la declaración de ilegitimidad y la indemnización (solo reclamada en el primer caso) se vinculan a la incerti-

(36) *Ibidem*: 93.

(37) *Ibidem*: 99, 152 y 173.

dumbre generada por la falta de aprobación del plan de manejo del área. Sin embargo, como hemos visto, adicionalmente la Corte argumenta sobre la necesidad de equilibrar, dentro de las áreas naturales protegidas, la protección del medio ambiente con los derechos de propiedad y comercio. Así, como señala un destacado intérprete de las sentencias en cuestión:

«A nivel más alto, el mensaje de la Corte es que *nuestro modelo de desarrollo sostenible no consiente normativas que por proteger el ambiente impidan el desarrollo, las actividades productivas, la propiedad privada*» (38).

La consecuencia de ese planteamiento habría de ser, no la nulidad de las declaraciones protectoras, que en todo caso hemos visto que la Corte considera legítimas, sino la identificación de situaciones ablatorias de derechos patrimoniales requeridas de la pertinente indemnización por el poder público que las ha impuesto. Es decir, en los casos controvertidos, la responsabilidad provincial podría prolongarse aun tras la aprobación del plan de manejo del área, siempre que se considerara que la reglamentación de las propiedades afectadas había violentado el contenido esencial de las mismas. Esa es la cuestión dogmática de la máxima importancia que hemos de plantearnos.

Con carácter introductorio, ha de aceptarse el juego de conceptos que limita el alcance de las limitaciones del derecho de propiedad o, si se quiere, más genéricamente, de los derechos patrimoniales. En efecto, si bien tales derechos han de cumplir una función social que sirve para delimitar su contenido, éste no puede dejar de existir conforme a la imagen social del mismo en cada momento histórico (39). El problema, a mi juicio, no está en la aceptación de ese planteamiento generalizado en los sistemas democráticos, sino en la identificación de los elementos determinantes del contenido esencial de los derechos afectados.

Pues bien, para lograr ese objetivo, me parece necesario partir de las dos premisas siguientes: primera, los bienes objeto de los derechos patrimoniales no son iguales; y segunda, la protección del medio ambiente es deber de todos, administraciones y particulares. Veamos qué aplicación cabe hacer de tales afirmaciones.

1^o) Las personas son iguales, los bienes no. Esto significa que, en la determinación de la función social de los derechos patrimoniales, es preciso considerar las características propias de los diferentes tipos de bienes. En el derecho positivo, la función social del derecho de propiedad se desarrolla a

(38) J.A. Esain (2022: 10), en cursiva en el original.

(39) Como se recordará, la exigencia de un contenido mínimo del derecho de propiedad, cuyas alteraciones habrán de ser indemnizadas, tiene su origen positivo en el Derecho público alemán. Véase la explicación de L. Parejo Alfonso (1978: 270 —272).

través de diversos regímenes jurídicos que establecen las características de la propiedad forestal, agraria y urbana como principales modalidades. La funcionalización conforma las distintas características jurídicas de las propiedades privadas.

No podemos, por tanto, configurar un sistema propietario que atribuya al titular cualquier aprovechamiento que pueda desear. Pensemos, por un momento, lo que implicaría aceptar los planteamientos de la Corte Suprema en la península de Magallanes: ¿habrían de reconocerse (o indemnizarse) 42 emprendimientos hoteleros y urbanísticos, es decir, tantos como fincas privadas existen en el área? ¿Realmente cabe sostener que los propietarios argentinos tienen derecho a hacer hoteles y urbanizaciones en áreas naturales cuyo valor se estima «indiscutible»?

La autoridad que protege un área natural no crea las características que la zona y las propiedades situadas en la misma ya poseen; se limita a declarar (o comprobar) los valores existentes (40). En la península de Magallanes, las adquisiciones privadas lo fueron de fincas rústicas, cuyo destino propio era el aprovechamiento agrario (forestal, agrícola, ganadero) o el uso recreativo (esparcimiento, deporte, disfrute del ambiente natural), no el hotelero ni el urbanístico. Por tanto, la reconocibilidad de su derecho ha de referirse a esas características que se corresponden con la imagen social de una propiedad rural de alto valor ecológico.

2ª) Todos los habitantes tienen el derecho al ambiente y el deber de preservarlo, tal y como se establece en el art. 41 de la Constitución de Argentina, donde expresamente se ordena también que las actividades productivas han de satisfacer «las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras». No cabe, pues, establecer esa dicotomía que, en el razonamiento de la Corte, diferenciaría entre una protección del medio ambiente vinculada al poder público y un aprovechamiento libre de los bienes otorgado a los

(40) La naturaleza declarativa de las figuras protectoras fue identificada por M.S. Gianini (1976) a partir de los trabajos de la Commissione Franceschini (1967) sobre los bienes del patrimonio cultural, con planteamientos enteramente trasladables al patrimonio natural. El autor explicó el concepto de bien cultural (o natural) utilizando la distinción entre cosa y bien: habida cuenta de que las cosas u objetos de la realidad permiten diversos bienes o utilidades definidos por el ordenamiento jurídico, la noción de bien cultural (o natural) podría explicarse como un bien o utilidad colectiva proyectado sobre determinados objetos. De esta manera, toda la problemática de la incidencia de los bienes culturales (o naturales) sobre la propiedad privada recibe una explicación: el bien cultural (o natural) expresa un derecho de disfrute público compatible con el derecho del propietario sobre el mismo objeto. Liberado el concepto de bien cultural (o natural) del condicionante propietario, ya es posible obtener todas las consecuencias de su caracterización como categoría genérica, susceptible, pues, de medidas de protección aun al margen de la previa declaración y sin implicar indemnización para el propietario.

particulares. Carece, en efecto, de sentido imponer dentro de un área natural protegida una compatibilización entre desarrollo y ambiente similar a la que cabría establecer en ámbitos urbanos. En los ecosistemas protegidos prima el principio de conservación (41).

Ciertamente, como venimos sosteniendo, la función social del derecho de propiedad ha de hacerse compatible con la utilidad privada reconocida a su titular, pero eso no significa, insistimos, que cualquier aprovechamiento deseado haya de ser reconocido por el orden jurídico. Debe tratarse en todo caso de contenidos patrimonializados, es decir, derechos efectivamente incorporados al patrimonio del titular, no meras expectativas. En el derecho comparado, podemos encontrar algunos ejemplos del alcance que cabría dar a la necesidad de respetar el contenido esencial de los derechos de propiedad (42).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede citarse el caso de la Ley de Reforma Agraria andaluza (Sentencia de 26/03/1987), donde se fijaron varios criterios para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad, cuya violación generaría derecho a la correspondiente indemnización: primero, la «*recognoscibilidad*» del derecho de propiedad establecido por el legislador, aspecto que remitía a la comparación con el tipo de derecho dominical correspondiente al «momento histórico de que se trate»; segundo, la «*practicabilidad*» del contenido del derecho, es decir, «la posibilidad efectiva de realización del derecho», que había de dar la oportunidad de una rentabilidad al propietario; y tercero, la «*proporcionalidad*» de la delimitación establecida por el legislador, «sin que las limitaciones y los deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intervenido en cuestiones cercanas al plantearse la distinción entre las delimitaciones del contenido del derecho de propiedad, que lícitamente pueden imponerse sin compensación, y las privaciones del derecho, que sólo son admisibles si se realizan con la correspondiente indemnización. El criterio para identificar una privación es aquí el «*auténtico y definitivo desapoderamiento, no una mera restricción de la facultad de goce y disposición, por grave o intensa que sea*». Debe tratarse de una pérdida efectiva del dominio, de una sustracción, un despojo, una completa eliminación de toda posibilidad de disfrute o disposición. En otro

(41) Véase en tal sentido, J.A. Esain (2022: 7), quien afirma que «estamos ante un microsistema jurídico dentro del derecho ambiental, el que parte de un principio básico de conservación de la naturaleza».

(42) Cabe remitir ampliamente a la monografía sobre la propiedad constitucional de H. Santaella Quintero (2019), que lleva a cabo un sólido estudio comparado entre los ordenamientos español y colombiano.

caso, el Tribunal Europeo califica la injerencia como lícita reglamentación del uso de los bienes (43).

VI. CONCLUSIÓN

A la vista de cuanto hemos razonado previamente, discrepamos de los razonamientos desenvueltos por la Corte Suprema de la Nación en los casos Coihue y Apen Aike: *a)* aun antes de aprobarse el plan de manejo del área natural protegida, el derecho positivo aplicable en el parque provincial de la península de Magallanes establecía, sin ninguna incertidumbre, la imposibilidad de construir hoteles o de realizar subdivisiones en las propiedades comprendidas en el mismo, prohibiciones cuyo fundamento y alcance se han confirmado plenamente en el plan de manejo ya aprobado; *b)* la función social de las propiedades situadas en el parque provincial se vincula a su primitiva vocación agraria o recreativa, que debe proporcionar los criterios para identificar el contenido esencial de los derechos afectados, los cuales en ningún caso podrían incluir expectativas de desarrollo hotelero ni urbanístico; y *c)* en consecuencia, debía haberse rechazado tanto la ilegitimidad de las prohibiciones establecidas en el parque provincial como la solicitud de indemnización, cuyo reconocimiento creo que ha constituido una ganancia inmerecida para la empresa demandante.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Administración de Parques Nacionales (2007): *Las áreas protegidas de la Argentina*, Buenos Aires, 83 pp. (www.sib.gob.ar).

(43) Véase el completo estudio de esta jurisprudencia de J. Barcelona Llop (2013: 55-102). Entre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emplea el autor, cabría recordar el caso *Sporrong y Lönnroth c/ Suecia* (1982), que examina la no ejecución por el Ayuntamiento de Estocolmo de las potestades expropiatorias de ciertos inmuebles congelados en su situación, pues aunque ello hacía precario el derecho de propiedad, que perdió parte de su sustancia, los propietarios «han podido continuar usando sus bienes y si las ventas de inmuebles afectados en Estocolmo por permisos de expropiación y prohibición de construir han resultado más difíciles, la posibilidad de vender ha subsistido»; los casos *Melbacher y otros c/ Austria* (1989) y *Hutten-Czapska c/ Polonia* (2006), donde se considera que la reducción por ley del precio de los alquileres no implicó privación del derecho a usar, arrendar y vender el bien, aunque conllevara la pérdida de una parte de las rentas inmobiliarias como consecuencia del lícito ejercicio del poder estatal de regular el uso de los bienes; o los casos *Scordino c/ Italia* (2004) y *Maioli c/ Italia* (2011), en los que la prohibición de construir por la sujeción de los suelos a la posibilidad de expropiación, que no llegó a producirse, se estima que no constituyó una privación, porque el derecho no había desaparecido al no haber perdido los propietarios ni el acceso al terreno ni la titularidad del dominio.

- (2010): *Guía para la elaboración de planes de gestión en áreas protegidas*, Buenos Aires, 148 pp. (www.sib.gob.ar).
 - (2019): *Plan de gestión del parque nacional Los Glaciares, patrimonio natural de la humanidad*, 394 pp. (www.sit.gob.ar).
- BARCELONA LLOP, Javier (2013): *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 268 pp.
- Commissione Franceschini (1967): *Per la salvezza dei beni culturali in Italia. Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, Colombo, 3 vols., 858, 989 y 637 pp.
- ESAIN, José Alberto (2022): «La Corte y los confines del Derecho ambiental», *La Ley*, 09/03/2022, 6-12.
- FIGUEROA, Lucas M. (2018): «Suben y bajan... Análisis de la adecuación normativa de las provincias argentinas a la Ley nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 76, 1-26.
- GIACCARDI, Maricel & TAGLIORETTE, Alicia, comp. (2007): *Efectividad del manejo de las áreas protegidas marino-costeras de la Argentina*, Buenos Aires, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable & *alii*, 104 pp.
- GIANNINI, Massimo Severo (1976): «I beni culturali», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 3-38.
- Gobierno de la Provincia Santa Cruz (2022): *Plan de manejo ANP península de Magallanes*, 186 pp. + 4 anexos (www.santacruz.gob.ar).
- IZA, Alejandro & ROVERE, Marta Brunilda (2006): *Aspectos jurídicos de la conservación de los glaciares*, Gland (Suiza), UICN, 284 pp.
- LANNUTTI, E. & *alii* (2020): «Modelado numérico de las oscilaciones frontales y ocurrencia de formación de diques de hielo del glaciar Perito Moreno, campo de hielo Patagónico Sur», *Cuadernos de Investigación Geográfica*, 46 (1), 251-283.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto (2015): *Los parques nacionales argentinos. Consecuencias de la constitucionalización del ambiente en el Sistema nacional de áreas protegidas*, Buenos Aires, Eudeba, 317 pp.
- (2016): *El sistema nacional de áreas protegidas en Argentina*, Buenos Aires, Jusbaire, 128 pp. (edición bilingüe español-inglés).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2011): «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20 (2011), 13-27.

- MARTÍN, Guillermo (2013): «Parques interjurisdiccionales: un nuevo modelo de área protegida para analizar», Buenos Aires, 16 pp. (naturalezayrecursos.wordpress.com).
- MILLER, Kenton (1980): *Planificación de parques nacionales para el ecodesarrollo en Latinoamérica*, Madrid, Fundación para la Ecología y la Protección del Medio Ambiente, 500 pp.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1978): «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 17, 245-272.
- PERI, Pablo Luis, QUEVEDO, Carla, URQUIZA, Javier de & ALBERTI, Ayelén (2021): *Segundo ordenamiento territorial de los bosques nativos de la Provincia de Santa Cruz*, Consejo Agrario Provincial de Santa Cruz, 20 pp.
- Riva, Ignacio M. de la (2018): «Contenidos básicos del régimen federal argentino de áreas naturales protegidas», *Monografías de esta REVISTA*, XVII, 135-160.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2019): *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Pons, 369 pp.
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2018): *Informe nacional ambiente y áreas protegidas de la Argentina 2008-2018*, 60 pp. (www.argentina.gob.ar/archivos/APs).
- THOMAS, Lee & MIDDLETON, Julie (2003): *Guidelines for Management Planning of Protected Areas*, Gland (Suiza), IUCN, 79 pp.
- Wikipedia, voz «Áreas naturales protegidas en Argentina» (consulta 23/04/2022).

MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN ARGENTINA

ALFONSO BUTELER

Abogado y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.- II. EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y EL DESARROLLO ECONÓMICO.- III. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN: 1. Introducción. 2. Los alcances del principio de prevención. 3. La incidencia en materia de compensaciones ambientales.- IV. LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO: 1. Régimen constitucional. 2. Incidencia del régimen competencial. 3. Acuerdo de Escazú. 4. Ley General del Ambiente. 5. El Fondo de Compensación Ambiental (FCA). 6. Fondo de restauración Ambiental. 7. Fondo del régimen de presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs. 8. Fondo del régimen de residuos peligrosos. 9. Fondo de la Ley nacional de la actividad nuclear. 10. Normativa de presupuestos mínimos de bosques. 11. El fondo fiduciario de compensación ambiental.- V. REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL- VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La investigación tiene por objeto estudiar el instituto de las medidas de compensación ambiental y su regulación en el derecho argentino.

Palabras clave: ambiente; daño; compensación.

ABSTRACT: *The research aims to study the institute of environmental compensation measures and its regulation in Argentine law.*

Key words: environment; damage; compensation.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la cuestión relativa a las medidas de compensación ambiental.

En primer lugar, a los fines de contextualizar el asunto abordaremos el tema de la relación entre la tutela ambiental y el desarrollo económico.

Luego, indagaremos sobre cuál es el impacto del principio preventivo en materia de compensación ambiental.

Después, nos abocaremos al estudio del asunto desde la perspectiva de la regulación de la República Argentina en donde si bien existen disposicio-

nes normativa referidas a las medidas de compensación ambiental no se ha desarrollado el tema de los bancos de conservación o bancos ambientales, como sí viene ocurriendo en el derecho comparado.

Finalmente, a modo de cierre, haremos algunas reflexiones en torno a las medidas de compensación ambiental.

II. EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

Como veremos, la cuestión relativa a las medidas de compensación ambiental pone sobre la mesa de discusión la tensión entre el desarrollo y la protección al ambiente. Pues, la aceptación de la idea de que existan mecanismos de compensación ambiental, incluso de manera previa a la producción del impacto, importa admitir que puedan tolerarse afectaciones a la naturaleza en pos del desarrollo de ciertos proyectos o actividades.

Teniendo en cuenta el papel del Estado en la cuestión económica y las variantes que pueden darse, el objetivo principal —y nada sencillo— al momento de convalidar las medidas de compensación ambiental es compatibilizar el desarrollo económico de la sociedad que se materializa en la necesidad de realizar un proyecto u obra con el respeto al ambiente, entendido éste como «el conjunto de los elementos naturales o transformados por el hombre y creados por él —la cultura, en suma— que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos» (1).

Por otra parte, el desarrollo económico es una variante a la que todo Estado a través de medidas regulatorias debe propender en la medida en que ello traiga aparejado un mejoramiento en la calidad de vida de una determinada comunidad.

Evidentemente, que en este tema —como en muchos otros— las posturas extremistas no son aconsejables. Por tal motivo, el crecimiento económico desenfrenado que pase por alto los efectos nocivos provocados al ambiente termina siendo contrario a los intereses del hombre si concebimos al Planeta Tierra como su «casa» y donde aquel debe desarrollarse en toda su dimensión personal.

Es decir, que resulta imposible desatender las consecuencias que sobre la naturaleza genera la intervención humana lo que pone de resalto la necesidad de intervención estatal para ponerle coto y formular una regulación responsable de las medidas de compensación ambiental. Es por ello que una visión

(1) GELLI, María Angélica (2003): *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, p. 362.

del ambiente como recurso pone en peligro la base material para el propio desarrollo humano.

Lamentablemente, esto es lo que ha ocurrido durante el último tiempo en donde «prevalece una concepción reductiva que entiende el mundo en clave natural y el desarrollo en clave consumista. El primado atribuido al hacer y al tener más que al ser, es causa de graves formas de alienación humana» (2).

Así como es equivocada una mirada que solo ponga en acento en el crecimiento económico y desatienda otros factores como el cuidado del ambiente y los recursos naturales, tampoco es correcto un enfoque absolutista del ambiente o el «ambientalismo extremos» (3). Pues, resulta inaceptable colocar en pie de igualdad al resto de los seres vivos con la persona humana (4).

Por tales motivos, una de las maneras de compatibilizar el desarrollo económico con el respeto al medioambiente es incluir dentro de los costos económicos de la actividad a realizar al respeto a la naturaleza y regular las medidas de compensación ambiental. Es más, en muchos casos, el incentivo al desarrollo ambiental debería ser una variable de crecimiento económico.

Con esa orientación la Carta Encíclica Laudato Si señala que «el crecimiento económico tiende a producir automatismos y a homogeneizar, en orden a simplificar procedimientos y a reducir costos. Por eso es necesaria una ecología económica, capaz de obligar a considerar la realidad de manera más amplia. Porque “la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”. Pero al mismo tiempo se vuelve actual la necesidad imperiosa del humanismo, que de por sí convoca a los distintos saberes, también al económico, hacia una mirada más integral e integradora» (5).

A su vez, debemos tener en cuenta que estamos frente a un bien de naturaleza colectiva. Cabe destacar, que de acuerdo a la terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* «Halabi» (6) cuando nos referimos al ambiente estamos en presencia de un derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admi-

(2) Juan Pablo II, Carta Encíclica: *Sollicitudo rei socialis*, 28:AAS 80 (1988) 548-550.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., y LORENZETTI, Pablo (2018): *Derecho ambiental*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 32.

(4) BUTELER, Alfonso (2013): «La intervención estatal en la economía y el derecho al medioambiente», en AA.VV., *Direito público no Mercosul: intervencao estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: Anais do VI Congresso da Associacao de Direito Público do Mercosul: Homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*, Belo Horizonte, Forum (Romeu F. Bacellar y Daniel Wunder Hachem, coord.), p. 31.

(5) Cfr. 141.

(6) Fallos, 332:111 (2009).

tiendo exclusión alguna. Es por tal motivo, que según el Alto Tribunal, «se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno».

En este punto, de lograr un equilibrio entre el desarrollo económico y la tutela al patrimonio natural y cultural las medidas de compensación ambiental tiene un rol preponderante. Por tal motivo, el Estado no solo debe regularlas sino que se encuentra obligado a incentivar su implementación.

III. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

1. Introducción

Como veremos, en la medida en que la compensación ambiental puede ser anterior o posterior al hecho que daña o impacta sobre el ambiente cabe preguntarse acerca del impacto que produce el principio precautorio que gobierna la materia ambiental.

2. Los alcances del principio de prevención

Como se sabe se lo define a dicho principio como un deber de prudencia incrementado que debe adoptar el gobernante en relación a actividades o productos de los que se sospecha, encierran un riesgo para la salud o el medio ambiente (7). El factor temporal juega un rol fundamental en esta novel figura habida cuenta que la demora en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas puede resultar perjudicial (8). Por tal motivo, se impone un mandato de actuación a los sujetos involucrados para evitar que el daño no se produzca o, acaecido, no se agrave.

(7) ADORNO, Roberto (2003): «Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio», JA 2003-III, p. 967.

(8) CAFERATTA, Néstor A. (2004): «Responsabilidad civil por daño ambiental», en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, La Ley*, Buenos Aires, T. III, p. 551.

Es decir que nos encontramos ante un deber de actuación positivo, que no admite la indiferencia o abstención por parte de los particulares, pero principalmente del Estado, para adoptar medidas concretas tendientes a evitar el daño al ambiente.

La característica más importante de tal principio, es que la obligación de actuación positiva rige aun ante la ausencia de certeza científica sobre la potencialidad dañosa de la actividad, obra o proyecto cuya realización se pretende. A partir de ello, el ordenamiento jurídico pone de resalto que no puede considerarse como una excusa la ausencia o carencia de información o la certeza científica sobre la peligrosidad para el ambiente, bastando la sospecha.

De lo expuesto, se deriva que le cabe con el máximo rigor al estado, la obligación de tomar las medidas tendientes para procurar garantizar la debida tutela al ambiente. Desde esa lógica, el Estado ni siquiera puede excusarse en la ausencia de prueba que determine la certeza del daño, para justificar una afectación al patrimonio natural, el ambiente, su flora y fauna.

Como lo señala la doctrina, «la Administración se encuentra ante la necesidad de regular la incertidumbre para aventar los riesgos sociales. El “paradigma protectorio” se construye como el derecho de la incertidumbre, volcado a evitar con mayor celo el abuso del derecho» (9).

El principio de prevención impone, entonces, una conducta anticipatoria para evitar que se causen daños, y tiene especial magnitud en el ámbito ambiental, puesto que como se sabe, en general, su afectación compromete el patrimonio ambiental para generaciones futuras, y su recomposición deviene hartamente dificultosa, cuando no imposible.

El principio preventivo forma parte de nuestro orden normativo desde hace tiempo imponiendo, como se dijo, un deber positivo de actuación que pesa sobre todos los individuos y especialmente en cabeza del Estado.

A su vez, la ley 25.675, en consonancia con el marco constitucional, regula pormenorizadamente la cuestión, estableciendo en el art. 4 los principios que regulan el ambiente. Allí consagra el deber de prevención, declarando que «Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir».

(9) SAID, José Luis (2012): «La vigencia de Ulpiano (o la Administración pública frente al *honeste vivere, alterum non laedere, suumcuique tribuere*)», en AA.VV., XXXVII Jornadas nacionales de derecho administrativo «La persona humana y la administración pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza», Buenos Aires, RAP, XXXIV, p. 40.

Como lo pone de resalto la doctrina, «la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia» (10).

De este modo, la prevención opera en el marco de la certeza sobre la producción posible de una lesión, fundada en la razonabilidad de su acaecimiento, para lo cual debe acudir a criterios de adecuación, es decir, teniendo en miras aquello que naturalmente acontece.

No caben dudas que desde la perspectiva constitucional y del derecho comparado, el deber de prevención en materia ambiental deviene, como se sostiene, en una obligación primordial para los ciudadanos y principalmente para la administración pública, que no puede ser desatendida sin una razonable justificación.

3. La incidencia en materia de compensaciones ambientales

Desde nuestra perspectiva existe una directa relación o congruencia (11) entre el principio de prevención y las medidas de compensación ambiental pues, éstas constituyen una buena herramienta de evitar o amortiguar los efectos negativos sobre el ambiente que pueden importar el desarrollo de ciertas actividades u obras.

Como vimos, en la medida en que la compensación ambiental puede desarrollarse antes o después al hecho que daña o impacta sobre el ambiente resulta evidente el impacto que produce el principio precautorio.

En particular, consideramos que el principio y preventivo impone que el Estado regule, gestione y controle las medidas de compensación *ex ante* para que aquellos proyectos, obras o actividades que deban desarrollarse antes de iniciarse, hayan compensado el impacto ambiental que producirán cuando se concreten. De este modo, se garantiza que las compensaciones sean anticipadas y que se encuentre cumplida al iniciarse el proyecto.

En ese punto adquiere singular importancia el patrón de la regularidad dado que, de manera apriorística, a partir de la experiencia, puede indicar que ciertas actividades impactarán negativamente sobre el ambiente y su escala. Ello puede incidir, asimismo, en la elección de la mejor alternativa de compensación.

(10) CAFFERATA, Néstor (2004): «Principio precautorio y derecho ambiental», LA LEY 2004-A, p. 1202.

(11) ROSATI, Horacio D. (2007): *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 95.

IV. LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Sentando lo expuesto, corresponde ahora indagar sobre el asunto de la compensación ambiental en el sistema jurídico argentino.

1. Régimen constitucional

En primer lugar corresponde tener en cuenta lo que dice el régimen constitucional argentino sobre el tema.

Pues, el art. 41 de la Constitución Nacional señala: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos».

La cláusula constitucional en cuestión contiene algunas cuestiones que tienen directa incidencia sobre el tema objeto del presente trabajo.

Primero, porque establece que el ambiente debe ser sano y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Las medidas de compensación ambiental instrumentadas de manera preventiva permiten anticipar el impacto y evitar comprometer los derechos de las generaciones venideras.

Segundo, cuando consagra el deber de prevención. Esta exigencia constitucional tiene directa incidencia sobre la cuestión de la compensación pues, como vimos, los bancos de hábitat permiten compensar de manera preventiva los impactos que producirá el proyecto a desarrollarse.

Tercero, porque el régimen constitucional estipula, con toda claridad, que ante la exigencia de un daño ambiental se genera prioritariamente la obligación de recomponer aunque, en la mayoría de los casos, sea difícil-

toso (12). Es decir, que como primera medida debe procurarse la vuelta al estado anterior de cosas, es decir, al estado en que se encontraba cuando aún no se había producido la alteración (13). No se trata de una opción sino de una obligación (14).

Cuarto, porque el constituyente exige que la utilización de los recursos naturales sea racional y obliga al Estado, y también a los particulares, a preservar el patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica.

2. Incidencia del régimen competencial

El régimen competencial vigente en cada territorio en materia ambiental tiene directa incidencia sobre la cuestión relativa a las medidas de compensación ambiental y a la creación de bancos ambientales.

Pues, la regulación complementaria por sistema de presupuestos mínimos en virtud de la cláusula ambiental (Art. 41 CN) corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas puedan alterar las jurisdicciones locales. Pues, éstas han cedido a la Nación la atribución para el dictado del marco en materia ambiental que se constituye en un piso inderogable, sin necesidad de adhesión por parte de las legislaturas locales (15).

En esa línea, la Ley General del Ambiente n° 25.675 (16) establece «Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable» (art. 6).

Con similar orientación el art. 241 del Código Civil y Comercial estipula que cualquiera sea la jurisdicción en la que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable en el caso.

(12) FALBO, Aníbal (2009): *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2009, p. 160.

(13) MADIEDO, Mariano (2019), en AAVV., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi (Sergio G. Torres y Mariano Madiedo, coord.) p. 114.

(14) ROSATI, H., ob. cit., p. 90.

(15) FALBO, A., ob. cit., p. 73.

(16) BO 28/11/2002.

Entonces, en el caso de la República Argentina dado que el sistema funciona a partir de un modelo de presupuestos mínimos es el Estado federal el encargado de regular esta cuestión. Sin perjuicio de ello, las provincias pueden complementar la regulación

3. Acuerdo de Escazú

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018, constituye el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe.

Este acuerdo está abierto a los 33 países de América Latina y el Caribe, ha sido suscrito por muchos de ellos, entre los que cabe mencionar a la República Argentina que adhirió al mismo mediante la Ley 27.566.

Sin perjuicio de las numerosas e importantes cuestiones tratadas en este instrumento internacional corresponde señalar que contiene una regulación expresa de la figura de la compensación ambiental.

En tal sentido, establece que «Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: ...g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación» (Art. 8.3).

Como puede apreciarse, se contempla expresamente la figura la compensación ambiental como figura alternativa a la restitución, imponiendo a los estados parte de regular ese asunto.

4. Ley General del Ambiente

Por su parte, la Ley 25.675 también contiene algunas normas sobre la materia bajo análisis. Cabe recordar que dicho cuerpo normativo establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1). Por tal motivo, se trata de una norma que se aplica en todo el territorio argentino y sus disposiciones son de orden público y de carácter operativo (art. 3).

Según allí se indica se entiende por presupuesto mínimo, a todo precepto normativo que «concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para

asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable» (art. 6).

Es importante reiterar que las provincias y municipios pueden ampliar la protección ambiental pero no pueden penetrar ese mínimo de tutela ambiental.

La política ambiental nacional allí establecida tiene los siguientes objetivos: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, naturales y como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación de la sociedad en los procesos de toma de decisión; d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) Mantener el equilibrio y dinámica de todos los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas puedan generar sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma; j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (art. 2).

A su vez, entre sus principios que impactan sobre el instituto de la compensación, en el art. 4, se establecen los siguientes:

a) Principio de congruencia: Se establece que tanto la legislación provincial y municipal que dicte en asuntos ambientales debe ser adecuada a los principios y normas fijadas en la referida normativa de presupuestos mínimos; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

b) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales deben ser atendidos en forma prioritaria e integrada, procurando prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente pueden producirse.

c) Principio precautorio: Cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica sobre el punto no debe ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

d) Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deben velar por el uso y goce apropiado del medioambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. Ello, como correlato de lo que impone el art. 41 de la CN.

e) Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deben ser logrados en forma gradual, por intermedio de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

f) Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes sobre el ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan y que resulten aplicables en el caso concreto.

g) Principio de subsidiariedad: De acuerdo al diseño constitucional argentino el Estado nacional tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

h) Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales debe ser realizado mediante de una gestión apropiada del medioambiente, de modo tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

i) Principio de solidaridad: La Nación y las provincias son responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

j) Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos deben utilizados en forma equitativa y racional, de acuerdo a las exigencias constitucionales (17).

Asimismo, la regulación que comentamos establece la obligación de quien ha causado un daño ambiental de restablecerlo al estado anterior a su producción (art. 28). Ello en correspondencia con lo que establece el art. 41 de la CN cuando impone deber prioritario de recomposición.

Luego, para el caso en que no sea técnicamente posible la recomposición, se dispone que la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, debe depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que dicha ley crea (art. 34).

(17) GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2018): «El dominio público en el Código Civil y Comercial», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores) p. 360.

5. El Fondo de Compensación Ambiental (FCA)

Como medida de compensación la ley general del ambiente dispone la creación de un fondo específico. El mismo debe ser administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y tiene por fin garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

Como se ha dicho, sirve para que en aquellos supuestos en que no sea posible el restablecimiento del ambiente dañado al estado anterior de producido el daño, se compense (18) o se produzca la mitigación de la lesión provocada (19). Según se ha señalado la postura extensiva sobre el punto considera que la mitigación importa tanto la aminoración del perjuicio que se ha ocasionado como la evitación del daño que todavía no ha llegado a producirse.

Asimismo, se dispone que las autoridades tengan la posibilidad de determinar que el aludido fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. Como puede apreciarse, dicho fondo puede ser utilizado para implementar medidas de compensación ambiental.

En lo que tiene que ver con las características de ese fondo la ley prevé únicamente una forma de integración a partir de una decisión judicial.

Entonces, el fondo se caracteriza por ser: a) compulsivo; b) por mandato judicial; c) cuando la recomposición del ambiente no es técnicamente posible; y entonces d) el juez ordena que la indemnización sustitutiva se deposite en el aludido fondo (20). Ello dado que se integra con la indemnización sustitutiva que determine la justicia que corresponde abonar por daños ambientales, en los casos en que no sea técnicamente factible el restablecimiento al estado anterior a su producción.

6. Fondo de Restauración Ambiental

Asimismo, la ley general del ambiente contempla la creación de un fondo de restauración ambiental para garantizar la instrumentación de acciones de

(18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A. (2011): *Daño ambiental*, Santa Fe Rubiznal Culzoni, T. II, p. 215.

(19) EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz (2022): *La carga de mitigar el daño*, Madrid, Dykinson, p. 104.

(20) IRIARTE, Paula (2018): «Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro», 31-may-2018, MJ-DOC-13500-AR | MJD13500, disponible en <https://aldiaargentina.microju ris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>.

reparación (21). Se presenta como una opción a la contratación de un seguro que ha sido poco utilizada en la práctica (22).

La obligación de integrarlo recae sobre toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos (art. 22).

7. Fondo del régimen de presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs

Por su parte, la ley 25670 establece que toda persona, sea física o jurídica, que realice actividades o servicios que implica el uso de las sustancias encuadradas en dicho régimen se encuentra obligada a contratar un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, constituir un autoseguro, un fondo de reparación u otra garantía equivalente según lo determine la reglamentación, para asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales y dar cobertura a los riesgos a la salud de la población que su actividad pudiera causar (art. 9).

Ese fondo, además, se integra por las multas impuestas por la autoridad de aplicación debido a la violación de dicho régimen (art. 22).

8. Fondo del régimen de residuos peligrosos

Asimismo, la Ley 25612 que refiere el sistema de los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios, contiene preceptos referidos a un fondo de compensación.

En virtud de ello, se dispone que todo transportista de los residuos comprendidos en dicho ordenamiento jurídico deba asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar. Frente a tales circunstancias puede decidir dar cobertura a los riesgos ambientales a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, la constitución de un autoseguro o un fondo de reparación, u otra garantía equivalente (art. 27).

Asimismo se estipula la misma obligación respecto de los sujetos que sea titulares o responsables de las plantas de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos (art. 38).

(21) VALLS, Mario F. (2016): *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrotto, 3ª ed., p. 264.

(22) Las exigencias del seguro ambiental están previstas en la Resolución 177/2007 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Finalmente, se indicará que el dinero ingresado en concepto de multas por la violación del aludido régimen será percibido por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, para la conformación de un fondo destinado, exclusivamente, a la restauración y protección ambiental (art. 49).

9. Fondo de la Ley nacional de la actividad nuclear

Asimismo, la ley 24.804, referida a la actividad nuclear, prescribe que todo explotador de una central de generación nucleoelectrónica debe aportar a un fondo para retiro de servicio de centrales nucleares (art. 9).

10. Normativa de presupuestos mínimos de bosques

Por su parte, la ley 26.331 contiene la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.

Se consideran bosques nativos a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea —suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos—, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica (art. 2).

Asimismo, establece un régimen de fomento y criterios para la distribución de fondos por los servicios ambientales que brindan los bosques nativos.

Se considera servicios ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos. Dicha norma estipula que los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad son: a) Regulación hídrica; b) Conservación de la biodiversidad; c) Conservación del suelo y de calidad del agua; d) Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; e) Contribución a la diversificación y belleza del paisaje y f) Defensa de la identidad cultural (art. 5).

Ese marco dispuso la creación del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos, con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conservan los bosques nativos, por los servicios ambientales que éstos brindan (art. 30).

Cabe destacar que dichos fondos deben ser utilizados por las provincias del siguiente modo: a) El 70% para compensar a los titulares de las tierras en cuya superficie se conservan bosques nativos, sean públicos o privados, de acuerdo a sus categorías de conservación. El beneficio consiste en un aporte no reintegrable, a ser abonado por hectárea y por año, de acuerdo a la categorización de bosques nativos, generando la obligación en los titulares de realizar y mantener actualizado un Plan de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos que deberá ser aprobado en cada caso por la correspondiente autoridad de aplicación de la jurisdicción respectiva. El beneficio será renovable anualmente sin límite de períodos y b) El 30% a la autoridad de aplicación de cada jurisdicción, que lo destinará a: 1) Desarrollar y mantener una red de monitoreo y sistemas de información de sus bosques nativos; 2) La implementación de programas de asistencia técnica y financiera, para propender a la sustentabilidad de actividades no sostenibles desarrolladas por pequeños productores y/o comunidades indígenas y/o campesinas (art. 35).

Como puede apreciarse, se trata de un incentivo económico por los servicios ambientales (23). Aquí, la compensación proviene del Estado hacia los particulares pero consideramos que ese activo ambiental que se genera por el servicio prestado podría dar lugar a un crédito ambiental y utilizarse como un modo de compensación que pueda transferirse a terceros.

11. El fondo fiduciario de compensación ambiental

A su vez, mediante la Ley Nacional 27.431, se creó el Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental de Administración y Financiero. El mismo, funciona bajo la órbita del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Tiene como propósito garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente y la atención de emergencias ambientales, así como la protección, preservación, conservación, restauración o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

El mencionado Fondo será integrado por los siguientes recursos: a) Los recursos provenientes del Tesoro nacional que le asigne el Estado nacional; b) Los fondos asignados por leyes especiales a la prevención, subsanación, remediación, restauración y/o compensación de aquellas alteraciones ocasionadas en el medio ambiente por las diferentes actividades; c) Los fondos de compensación ambiental, de acuerdo a los convenios que en cada caso se suscriban; d) Los fondos nacionales e internacionales provenientes de donaciones.

(23) RODRÍGUEZ, Carlos, A. (2012): *Derecho humano al ambiente sano*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 220.

ciones públicas o privadas, de acuerdo a los convenios que en cada caso se suscriban; e) Las asignaciones recibidas de organismos internacionales o nacionales, de acuerdo a los convenios de cooperación que se suscriban; f) Los bienes muebles e inmuebles que el fondo adquiriera a título gratuito u oneroso; g) Los valores percibidos, provenientes de ventas de bienes y servicios que el fondo preste; h) El recupero del capital e intereses de los préstamos otorgados; i) Los dividendos o utilidades percibidos por la titularidad de acciones o los ingresos provenientes de su venta; j) Los ingresos generados por el financiamiento de otros instrumentos financieros; k) El producido de sus operaciones, la renta, frutos e inversión de los bienes fideicomitidos; l) Los ingresos obtenidos por emisión de valores fiduciarios de deuda que emita el fiduciario, con el aval del Tesoro nacional, en los términos establecidos en el contrato y/o prospecto respectivo; m) Otros ingresos, aportes, contribuciones, subsidios, legados o donaciones específicamente destinados al Fondo; n) Los recursos provenientes del resultado de la aplicación de multas de normas ambientales correspondientes al ámbito nacional; ñ) Los recursos provenientes de indemnizaciones sustitutivas dispuestas por la justicia federal en caso de que no sea técnicamente factible la reparación in natura; o) Los recursos provenientes de indemnizaciones sustitutivas dispuestas por la autoridad ambiental nacional en caso de que no sea técnicamente factible la reparación in natura; y p) Los aportes provenientes de los acuerdos que se alcancen con las compañías aseguradoras que emitan pólizas de seguro de caución por daño ambiental de incidencia colectiva, conforme al artículo 22 de la ley 25.675.

A su vez la referida norma exige al Fondo Fiduciario Nacional de Compensación Ambiental, de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias.

V. REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Teniendo en cuenta que, como hemos visto la mayoría de los sistemas jurídicos del derecho comparado han sustentado sus regulaciones ambientales en la regla según la cual el que contamina paga y en el deber de prioritario de recomposición ambiental, ante la producción de un daño sobre la naturaleza, las medidas de compensación, en esta área del derecho, no han tenido mayor desarrollo.

A partir de ello, debe decirse que las medidas de compensación ambiental aparecen como una herramienta cuando no resulta posible la remediación o la

vuelta de cosas al estado anterior. Es decir, que tal posibilidad aparece como la última ratio. Pues, como se sabe, el principio de responsabilidad impone que quien causa efectos degradantes sobre el ambiente, resulta responsable de los costos que insuma la recomposición.

Sin embargo, pensamos que el rol de las medidas de compensación debe revisarse a la luz de dos razones. Primero, compatibilidad la tutela ambiental con el desarrollo sustentable pues las miradas binarias no resultan aconsejables en este punto.

Segundo, por la incidencia que tiene el principio de prevención. Es que, dicho principio, exige que la administración pública regule, gestione y controle las medidas de compensación *ex ante* para que aquellos proyectos, obras o actividades que deban desarrollarse, antes de iniciarse, hayan compensado el impacto ambiental que producirán en el futuro.

Además, dado que la compensación ha sido considerada como una especie de recomposición simultánea del equilibrio ambiental y, entre nosotros resulta amparada por el art. 41 de la CN. (24) Es que, según se ha señalado la recomposición puede, en definitiva, imponer una medida compensatoria conservacionista, como dotar un parque nacional o un área protegida (25).

Por otro lado, existen regulaciones que contienen expresas alusiones a los pasivos ambientales. Sin embargo, consideramos que debe incrementarse la regulación sobre activos ambientales y su instrumentación como mecanismos de compensación, sobre todo, de carácter preventivo. Entonces, el desafío para por regular los activos ambientales o servicios ambientales.

Allí debe analizarse si la compensación debe cumplir o no con el principio de proximidad, si la misma debe ser funcional, o si la composición debe ser en la fuente. Consideramos que no pueden establecerse reglas rígidas sobre el punto dado que en ello tiene directa incidencia el contexto ambiental y el hábitat del lugar.

En definitiva, consideramos que tiene que existir una política pública de compensación preventiva de la lesión ambiental. Es decir que debe fomentarse la existencia de ofertas de compensación ambiental para que los interesados puedan adquirirla. Pues, cabe preguntarse si la realización de un proyecto es indispensable y va a generar un impacto ambiental, ¿no es mejor opción exigir una compensación anticipada que posterior? Ello viene impuesto por el deber de preservar a las generaciones futuras.

(24) ROSATTI, H., ob. cit., p. 95.

(25) VALLS, M., ob. cit., p. 267.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Roberto (2003): «Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio», JA 2003-III, p. 967.
- BUTELER, Alfonso (2013): «La intervención estatal en la economía y el derecho al medioambiente», en AA.VV., *Direito público no Mercosul: intervencao estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: Anais do VI Congresso da Associacao de Direito Público do Mercosul: Homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*, Belo Horizonte, Forum (Romeu F. Bacellar y Daniel Wunder Hachem, coord.) p. 31.
- CAFERATA, Néstor A. (2004): «Responsabilidad civil por daño ambiental», en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. III, p. 551.
- CAFFERATA, Néstor (2004): «Principio precautorio y derecho ambiental», LA LEY 2004-A, p. 1202.
- EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz (2022): *La carga de mitigar el daño*, Madrid, Dykinson.
- FALBO, Aníbal (2009): *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2009.
- GELLI, María Angélica (2003): *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2018): «El dominio público en el Código Civil y Comercial», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores) p. 360.
- IRIARTE, Paula (2018): «Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro», 31-may-2018, MJ-DOC-13500-AR | MJ13500, disponible en <https://aldia.argentina.microjuris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>.
- LORENZETTI, Ricardo L., y LORENZETTI, Pablo (2018): *Derecho ambiental*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- MADIEDO, Mariano (2019): en AA.VV., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi (Sergio G. Torres y Mariano Madiedo, coord.)
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A. (2011): *Daño ambiental*, Santa Fe Rubinzal Culzoni, T. II.
- RODRÍGUEZ, Carlos, A. (2012): *Derecho humano al ambiente sano*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- ROSATTI, Horacio D. (2007): *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

- SAID, José Luis (2012): «La vigencia de Ulpiano (o la Administración pública frente al *honeste vivere, alterum non laedere, suumcuique tribuere*)», en AA.VV., *XXXVII Jornadas nacionales de derecho administrativo «La persona humana y la administración pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza»*, Buenos Aires, RAP, XXXIV, p. 40
- VALLS, Mario F. (2016): *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrotto, 3ª ed.

LA COMPENSACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES EN MÉXICO Y ESPAÑA: UN ESBOZO COMPARATIVO SOBRE ESTE TERCER ENFOQUE PARA EL CUIDADO DE LA INTEGRIDAD AMBIENTAL

ÓSCAR EFRÉN MARÍN ENRÍQUEZ
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Sonora

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y SU SIMBIOSIS CON LA JERARQUÍA DE MITIGACIÓN.– III. EL RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN DE IMPACTOS EN ESPAÑA: 1. Ambigüedad normativa entre los conceptos de «medidas complementarias» y «medidas compensatorias». 2. Aplicación del régimen de compensación de impactos en España.– IV. EL RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN MÉXICO: 1. Aplicación del régimen de compensación ambiental en México: A) Compensación ambiental por cambio de uso de suelo. B) Programa de Prueba del Sistema de Comercio de Emisiones. C) Otros instrumentos de compensación utilizados en México.– V. PRINCIPALES APORTACIONES DE LA COMPENSACIÓN DE IMPACTOS A LOS DEMÁS ENFOQUES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: 1. Evaluación de impactos y compensación ambiental. 2. Responsabilidad ambiental y compensación de impactos.– VI. PRINCIPALES SIMILITUDES Y DISCREPANCIAS ENTRE LOS RÉGIMENES DE COMPENSACIÓN DE IMPACTOS MEXICANO Y ESPAÑOL.– VII. POSIBLES COMPLEMENTOS ENTRE AMBOS SISTEMAS.– VIII. LA APLICACIÓN DISCRECIONAL DE LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS: EL AMBIGUO CONCEPTO DE «RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS PÚBLICO»: 1. En España y en la Unión Europea. 2. En México.– IX. CONCLUSIONES.– X. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: La presente realidad social y jurídica nos demuestra que las herramientas clásicas para el cuidado de la integridad ecológica están siendo insuficientes para frenar la marea de deterioros que asedia al medio ambiente. Es por esto que se debe explorar el uso de herramientas normativas cuyo potencial no ha sido explotado en su totalidad, como es el caso de la compensación de impactos ambientales. Este enfoque de protección ecológica establece que todos aquellos daños imposibles de reparar, debido a su naturaleza o magnitud, deben ser compensados mediante la creación de nuevos activos naturales para reemplazar a los que fueron dañados. El objeto del presente trabajo es realizar un análisis de la figura de la compensación ambiental, desde las perspectivas jurídicas mexicana y española, con el fin de establecer una comparativa entre ambos sistemas, en donde se señalarán sus principales similitudes y diferencias, para después exponer aquellas cuestiones positivas que podría importar un régimen del otro, lo cual beneficiaría a ambos sistemas de compensación y a su esfuerzo en contra del deterioro medioambiental.

Palabras clave: compensación ambiental, jerarquía de mitigación; evaluación de impactos; responsabilidad medioambiental.

ABSTRACT: Both social and legal reality proves that the classic instruments for protecting the environment are being insufficient to stop the ever growing tide of environmental damage. Because of this reason, it's vital to explore the use of legal tools whose potential hasn't been exploited to a full extent, such as biodiversity offsets. This environmental protection tool dictates that all the ecological damage that can't be reversed because of its nature or magnitude, must be compensated by creating new environmental assets to replace those that were damaged. The present work strives to analyze environmental compensation from both the perspectives of Mexican and Spanish law systems, with the goal of exposing the positive aspects that can be incorporated from one to another, which would prove beneficial to their effort against environmental damage.

Key words: biodiversity offsets; mitigation hierarchy; environmental impact assessment; environmental liability.

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, la humanidad se ha aprovechado de los recursos naturales para impulsar su desarrollo, desde explotar los recursos pesqueros con fines alimentarios, a minar las canteras de piedra para procurar materiales de construcción. En estos inicios el índice de población era bastante reducido, por lo que estos impactos ambientales pasaban desapercibidos, en lo que al balance ambiental se refiere. Sin embargo, cuando el índice poblacional comienza a incrementarse con rapidez, son necesarios más recursos para sostener a toda la población. Es aquí cuando los impactos antropogénicos comienzan a ser un grave problema, por lo que resulta necesario que se regule la actividad humana con el fin de aminorar estos daños ecológicos. A manera de ejemplo de estas primeras regulaciones ambientales, se encuentran las expresas prohibiciones impuestas a la quema de carbón o al arrojamiento de desechos a los cuerpos acuáticos en la ciudad de Londres, emitidas en el siglo XVI, o la ordenanza establecida por el líder colono de la colonia de Pennsylvania (Estados Unidos) de respetar un acre de terreno boscoso por cada 5 que fueran talados con el fin de construir viviendas (1).

Pero, con la llegada de la revolución industrial, en el siglo XVIII, la humanidad entra en una etapa donde el desarrollo económico crece en manera exponencial, debido en gran parte a los importantes avances tecnológicos orientados a una más eficiente producción industrial. La incesante necesidad de materias primas para el proceso de elaboración de mercancías y la operación día y noche de maquinaria industrial, propició un incremento acelerado en los impactos ambientales relacionados a actividades que perseguían fines económicos.

(1) CHEEVER, F. y CAMPBELL-MOHN, C. (2016). «Environmental Law». *Encyclopedia Britannica*. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/environmental-law>.

No obstante, aunque estos impactos continúan en aumento a un ritmo alarmante, no es sino hasta el siglo XX cuando comienza una verdadera preocupación por la preservación de la integridad ambiental por parte de los estados y los ciudadanos. Es entonces cuando son promulgadas las primeras leyes meramente de índole medioambiental, ya que sus antecesoras tenían enfoques paisajísticos o de salubridad.

Aunque es un hecho que existe un nexo entre desarrollo socioeconómico e impacto ambiental, también lo es que dicho desarrollo es necesario para el bienestar social, ya que provee a la población de servicios, oportunidades de trabajo o avances tecnológicos, factores que elevan la calidad de vida de los ciudadanos. Pero, el precio a pagar por esto no debería de ser un elevado deterioro ambiental, puesto que, a largo plazo, esto supondría una pérdida más grande para la población, si tenemos en cuenta la drástica reducción en la calidad de vida que supone desarrollarse en un medio ambiente contaminado.

Es por esto que los países introducen en sus cuerpos jurídicos la figura de la evaluación ambiental, con el fin de valorar si el proyecto u obra en cuestión puede ser aprobado, mediante un análisis de los beneficios que aportaría y el grado de afectación que supondría en el medio ambiente. Esta herramienta jurídica opera según el principio de prevención, el cual establece que el mejor panorama para el medio ambiente es aquel en donde no se produce un daño, por lo que la evaluación de impactos buscará que se minimicen todos los daños posibles, o que se descarte la aprobación del proyecto en aquellos casos en donde se considere demasiado elevado el nivel de afectación que supondrá en el medio ambiente.

Sin embargo, aunque la evaluación ambiental es una herramienta indispensable en la lucha en contra de los deterioros ecológicos, la realidad social y jurídica demuestra que, por sí sola, no resulta suficiente para detener el constante incremento de impactos ambientales significativos, ya que, en muchas ocasiones, se producen estos daños aun a pesar de aplicar todas las medidas preventivas, lo cual hace evidente la necesidad de contar con un instrumento para exigir la reparación de estos deterioros a aquellos que sean designados responsables. Este instrumento es el régimen de responsabilidad medioambiental, siendo una manifestación del principio «el que contamina, paga».

II. LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y SU SIMBIOSIS CON LA JERARQUÍA DE MITIGACIÓN

Pero, ¿cómo se procede en aquellas situaciones en donde el daño es materialmente imposible de reparar en su totalidad, o, cuando, a pesar de implementar medidas preventivas, el daño logra efectuarse? También, existen autorizaciones ambientales otorgadas por la administración aun a pesar de que se prevé que la obra o proyecto va a repercutir negativamente en el entorno ecológico, bajo el argumento que la realización del proyecto se debe

a «razones imperiosas de interés público»; es decir, los impactos son permisibles debido a que el beneficio al desarrollo social que provee el proyecto en cuestión. Para atender cuestiones como estas, se añade un tercer peldaño en la escala de medidas para hacer frente a los deterioros ecológicos: la compensación de los impactos ambientales.

Podemos trazar los orígenes de este enfoque compensatorio al derecho europeo, en la Directiva 85/337/CEE, cuyo artículo quinto señala la información que un promotor debe aportar sobre el proyecto que pretende realizar, y, aunque no hay una mención explícita de la compensación ambiental, hace referencia al Anexo III, el cual complementa dicho artículo mediante la mención de que el promotor debe aportar dentro de la información requerida, «una descripción de las medidas previstas para evitar, reducir y, si fuera posible, compensar los efectos negativos importantes del proyecto sobre el medio ambiente».

Del mismo modo, la *Comisión Europea* (2007: p. 11) (2) define a las medidas compensatorias como todas aquellas de carácter adicional a las que ya contemplan las demás Directivas orientadas al cuidado ambiental y que tengan por objeto «contrapesar el impacto negativo de un proyecto», además de proveer una compensación directamente proporcional a los deterioros que hayan afectado especies o hábitats. Para complementar esta definición, consideramos pertinente agregar que las medidas de compensación son la respuesta ideada por los sistemas jurídicos ambientales para hacer frente a aquellos daños que hasta este punto se consideraban inherentes del desarrollo económico, al asumir que estos eran un precio que la sociedad debía asumir en pos del progreso.

La compensación de impactos viene a llenar un vacío en los marcos normativos ambientales, en donde, con anterioridad, aquellos daños inevitables o irreparables solo podían ser compensados por una vía monetaria, la cual no era la opción más adecuada en lo que se refiere a la preservación de la integridad ecológica. Esta cuestión cambia con la introducción de esta herramienta, ya que, aunque su aplicación tiene ciertas limitantes, las medidas compensatorias constituyen acciones ambientales positivas, lo cual resulta en un mayor beneficio para el balance ambiental que lo que se obtendría solo de exigir una suma monetaria al culpable.

Sin embargo, es imperativo mencionar que estas medidas son de carácter subsidiario a las medidas de reparación primaria del daño ambiental, nunca sustitutorias. Esto se debe a que solo se puede recurrir a ellas en una última instancia y bajo supuestos específicos: cuando, debido a su magnitud o naturaleza,

(2) COMISIÓN EUROPEA (2007). «Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva sobre hábitats 92/43/CEE. Clarificación de los conceptos de soluciones alternativas, razones imperiosas de interés público de primer orden, medidas compensatorias, coherencia global y Dictamen de la Comisión». Bruselas. p. 11.

el daño sea imposible de reparar, o cuando ya se hayan implementado todas las medidas de reparación y aún persista el deterioro ambiental. Esto se debe a que la compensación ambiental actúa conforme al principio de la jerarquía de mitigación, el cual dicta que, aquellas acciones empleadas como respuesta a un daño ambiental, deben implementarse en una secuencia determinada cuyo objetivo es lograr el mayor nivel de sostenibilidad posible de los proyectos de desarrollo, así como una mejor gestión de sus impactos ambientales.

En la primera de las etapas de esta jerarquía, se persigue el objetivo de prevenir el deterioro ambiental por medio de la no actuación, es decir, que la obra o proyecto no se realice, ya que se concluye que los impactos que generará superan ampliamente a los beneficios potenciales (a esto se le conoce como la alternativa cero). Para superar esta etapa, se pueden proponer alternativas de realización del proyecto distintas a la planteada inicialmente, con las cuales se elevaría el grado de sustentabilidad. En la segunda etapa se determina que, si ya han sido evaluadas todas las alternativas posibles y se concluye que el proyecto no puede ser desarrollado sin causar deterioros ecológicos, deben ser adoptadas medidas para que estos sean minimizados de la mayor manera posible. En tercera instancia, la jerarquía prevé que se utilicen medidas de restauración y rehabilitación ambiental para atender todos aquellos deterioros que no pudieron ser evitados o minimizados. Y, finalmente, en el cuarto peldaño de esta secuencia, se contempla el uso de las medidas de compensación: después de implementar medidas preventivas, de minimización y de restauración, si aún existe un impacto residual, el único curso de acción restante es la creación de nuevos activos naturales para compensar aquellos que se perdieron. Aplicadas estas medidas de una correcta manera, se produciría una situación idónea en donde se habría obtenido los beneficios del proyecto, pero no a costa de un elevado deterioro ecológico, ya que no se habrían producido pérdidas netas en la balanza medioambiental.

Es importante mencionar que, esta última etapa de la jerarquía es aquella que se encuentra menos desarrollada en las leyes que tienen por objeto el cuidado de la integridad ambiental. En muchas situaciones, esta falta de reglamentación provoca ambigüedades normativas que pudieran derivar en una aplicación discrecional o incorrecta de estas medidas, como sería el caso de que sean utilizadas de manera sustitutoria para las medidas de reparación o minimización de los daños.

A manera de ejemplo sobre el uso de estas medidas compensatorias, quisiéramos exponer una situación hipotética en donde se evalúa un proyecto de construcción de una autopista, el cual se prevé que causará un impacto significativo en un bosque y un humedal. En la primera propuesta de dicho proyecto, se plantea que la autopista se construiría directamente sobre el humedal y además atravesaría una parte del bosque contiguo. Después de ser requerido por la administración, el promotor presentó otra propuesta, pero esta vez modificada, incluyendo estrategias para cumplir con la jerarquía de

mitigación: como una medida de prevención se plantea una realineación de la carretera para que esta no impacte directamente sobre el ecosistema de humedal, además minimizar la superficie de bosque que será necesario talar para dar paso a la autovía. También, la construcción de un puente verde sobre la carretera puede ser visto como una medida de restauración, ya que conecta los dos tramos del bosque separados por el paso de dicha obra, habilitando así un cruce para la libre circulación de la fauna. Además, como estrategias para minimizar el impacto ambiental, se propone la construcción de barreras sónicas instaladas a ambos lados de la autopista, las cuales reducen en gran manera el ruido proveniente del tráfico vehicular.

Finalmente, señalamos que, aun a pesar de todas estas medidas, fue necesario talar una porción de bosque para construir la autopista, por lo que se optó por habilitar nuevas hectáreas de terreno boscoso para la compensación de este impacto considerado inevitable y necesario, ya que se consideró que la obra proveería un gran beneficio social al mejorar la comunicación entre dos poblaciones remotas.

Sin embargo, también debemos resaltar que, el implementar estas nuevas medidas elevará los costos previstos en la propuesta inicial del proyecto, no obstante, los impactos ambientales negativos son una externalidad que debe ser asumida por el promotor del proyecto, no por la sociedad, como establece el principio «el que contamina, paga».

III. EL RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN DE IMPACTOS EN ESPAÑA

En España, el (ya derogado) Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, en su artículo 2.1.c), sostenía que, el estudio inicial de impacto ambiental que fue anexo a la solicitud de evaluación, debía contener un breve apartado de medidas compensatorias que minimizaran el impacto del proyecto. Del mismo modo, la justificación del impacto ambiental de un proyecto por razones de interés público se introdujo por vez primera en el Real Decreto 1995/1997, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres (artículo 6.4). En sus inicios, este enfoque compensatorio solo se encontraba orientado para salvaguardar los espacios protegidos de la Red Natura 2000, pero después, su uso se extendió a las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves.

El artículo 46.5 de la Ley 42/2007, Del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, dicta que, en lo que respecta a espacios que pertenezcan a la Red Natura 2000, cuando se contemple la realización de un proyecto aun a pesar de haber sido evaluado negativamente y a falta de alternativas de realización, las administraciones públicas tienen el deber de adoptar las medidas compensatorias pertinentes, además de justificar por qué el proyecto se adhiere a los

criterios de razones imperiosas de interés público. No obstante, estas razones solo podrán ser declaradas imperiosas mediante una Ley o acuerdo motivado y público del Consejo de Ministros, siempre y cuando la aprobación del proyecto, plan o programa en consideración sea competencia de la Administración General del Estado, o del órgano respectivo de las comunidades autónomas.

Por otra parte, el apartado 1.c del Anexo II de la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRMA) menciona que, la reparación compensatoria es «toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales...», y, además hace énfasis que esta responsabilidad de compensar impactos no consiste en una compensación pecuniaria. Del mismo modo, la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, también nos aporta una definición de medidas compensatorias: «medidas específicas incluidas en un plan o proyecto, que tienen por objeto compensar, lo más exactamente posible, su impacto negativo sobre la especie o el hábitat afectado» (3). Y, por último, en la Ley de Evaluación ambiental, artículo 5, inciso k, se definen a las medidas compensatorias como aquellas «medidas excepcionales que se aplican ante impactos residuales».

1. Ambigüedad normativa entre los conceptos de «medidas complementarias» y «medidas compensatorias»

Por otra parte, en los cuerpos normativos ambientales españoles también podemos encontrar mención tanto de medidas compensatorias, como de complementarias. Por ejemplo: la disposición octava de la Ley de Evaluación Ambiental (LEA), en su apartado cuarto, establece que los créditos ambientales podrán «constituir las medidas compensatorias o complementarias». No obstante, resulta algo difícil el poder establecer una clara distinción entre ambos conceptos, ya que, aunque podemos encontrar varias definiciones oficiales para las medidas de compensación, no es el caso para las medidas complementarias.

Señalan CARRASCO GARCÍA, *et al.* (2005: p. 75) (4) que, desde el año 2003 en España, se puede encontrar mención en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DiA), de la aplicación de dichas medidas complementarias, haciendo referencia a todas las medidas que son puestas en marcha con el fin de compensar impactos producidos bajo supuestos distintos a los señalados en el artículo 6.4 de la Directiva de Hábitats. Esto en función de que, en el sentido estricto, solo eran consideradas medidas compensatorias aquellas que compensaran impactos significativos en áreas de la Red Natura 2000. Por ejemplo, era considerada

(3) Artículo 3, apartado 24.

(4) CARRASCO GARCÍA, M. J., *et al.* (2013). «Evolución de las medidas compensatorias en los procedimientos de evaluación ambiental». *Ingeniería civil*. Número 172. Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas. Madrid, España. p. 75.

una medida complementaria toda aquella que tuviera por objeto el compensar impactos que no fueran considerados significativos, sin importar si estos impactaban un área que perteneciera a la Red Natura 2000 o no.

Pero, a medida que evolucionan las leyes ambientales y aumenta el uso de las medidas compensatorias, se pone en evidencia que dicha figura puede utilizarse en una plétora de situaciones, por lo que resulta muy restrictivo el restringir su uso solo a espacios de la Red Natura, o solo para aquellas ocasiones donde el impacto alcanza el umbral para ser considerado significativo. Debido a esto, la LEA trata de establecer una distinción entre ambas figuras dentro de las definiciones listadas en su artículo 5 (inciso j). Define a las «Medidas compensatorias Red Natura 2000», como aquellas que menciona el artículo 3 de la Ley 42/2007 (5), y a las «Medidas compensatorias», como las «medidas excepcionales que se aplican a impactos residuales».

Sin embargo, la única definición para «medida complementaria» que podemos encontrar en la normativa española, se encuentra en el Anexo II de la LRMA, bajo «reparación complementaria», siendo esta toda acción que se implemente con objeto de compensar los daños en aquellos casos donde no fue suficiente la reparación primaria para revertir a su estado original los recursos o servicios naturales que fueron dañados. En contraste, el mismo anexo define a la reparación compensatoria como aquella destinada a compensar las «pérdidas provisionales» de recursos naturales o servicios ambientales que se efectúen en el lapso de tiempo entre el suceso de daño y cuando este es reparado en su totalidad.

Como se observa, ambas definiciones aumentan el grado de incertidumbre sobre qué es lo que diferencia a las dos medidas, la definición que provee la LRMA sobre reparación complementaria, se asimila más a una definición general de medidas de compensación. En esta cuestión concuerda JORDANO FRAGA (2005: p. 13), ya que, en lo relativo a la definición de reparación complementaria señalada por la LRMA, «estamos ante reparaciones compensatorias, aunque esta palabra ahora deba evitarse por la utilización de concepto compensatorio para las *interim losses*...» (6) (7).

(5) Lo cual nos lleva a la definición que ya habíamos mencionado de medidas compensatorias: «medidas específicas incluidas en un plan o proyecto, que tienen por objeto compensar, lo más exactamente posible su impacto negativo sobre la especie o hábitat afectado».

(6) Este concepto, de «*interim losses*», perteneciente al derecho ambiental anglosajón, se utiliza para designar a aquellas pérdidas de servicios naturales que ocurren entre la fecha del impacto y cuando este se repara en su totalidad. Por ejemplo: cuando se tala un bosque este deja de proveer el servicio de captura de carbono hasta que son repoblados los elementos talados.

(7) JORDANO FRAGA, J. (2005) «La responsabilidad por daños ambientales en el derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental». *Medioambiente & derecho: revista electrónica de derecho ambiental*. Número 12-13. ISSN-e 1576-3196. p. 13.

Entonces, debido a la falta de una clara definición de ambas en los cuerpos normativos, podríamos interpretar que las medidas complementarias consistirían en todas aquellas cuyo objeto es el compensar impactos en situaciones o maneras distintas a las ya establecidas en los criterios generales de las medidas compensatorias. Un ejemplo de esto podría ser que las medidas complementarias solo podrían ser elegibles para compensar *interim losses* o daños no considerados significativos. En palabras de la Guía Práctica de Restauración Ecológica (editada por la Fundación Biodiversidad, adscrita al MITECO) (8): las medidas complementarias son aquellas que se implementarán cuando el daño no sea significativo, o cuando la administración considere oportuno, con el fin de compensar daños que no hayan podido ser reparados en su totalidad y se registrarán por «criterios generalmente no objetivos y diferentes a los establecidos para las medidas compensatorias comprendidas en el artículo 6.4 de la Directiva de Hábitats y sujetos a la autoridad ambiental competente».

De cualquier modo, resulta imperativo que el legislador español se pronuncie sobre esta ambigüedad. Si se planea continuar utilizando las dos figuras para referirse a distintos tipos de medidas, se debe formular un concepto claro de medidas complementarias, por lo que proponemos la siguiente definición para su introducción en el listado de conceptos presente en el artículo 5 de la LEA: «son aquellas actuaciones que buscan el objetivo de compensar algún impacto no considerado significativo o que el órgano ambiental considere que, debido a su naturaleza, resultan de carácter adicional o accesorio a la compensación primaria».

2. Aplicación del régimen de compensación ambiental en España

Aunque se trató de una compensación del tipo monetario, la primera compensación de impactos ambientales en España de la que se tiene registro, se publicó un 17 de febrero de 1990 en el BoE y fue relativa al a construcción de una autovía. Sin embargo, la primera propuesta del uso de medidas compensatorias en término de efectuar mejoras ambientales no se dio sino hasta meses más tarde del mismo año, en la Declaración de impacto ambiental (DiA) presentada para la aprobación de la construcción del embalse de Itoiz, en Navarra y, consistió en realizar restauraciones en las riveras de dos ríos. Sin embargo, es importante destacar que ninguno de estos ríos beneficiados por las mejoras fue el afectado (9).

(8) MOLA, I., SOPEÑA, A. y DE TORRE, R. (2018) (editores). «Guía Práctica de Restauración Ecológica». *Fundación Biodiversidad del Ministerio para la Transición Ecológica*, p. 14. Madrid. Disponible en <https://ieeb.fundacion-biodiversidad.es/content/guia-practica-de-restauracion-ecologica>.

(9) (9) CARRASCO GARCÍA, M. J., et. al. (2013). «Evolución de las medidas compensatorias...». *op. cit.* p. 75.

Pero, aunque el sistema normativo ambiental español determine de una manera clara que deben ser compensados aquellos impactos ambientales que subsistan después de aplicar las medidas de reparación, son escasas las herramientas específicas que se encuentran mencionadas en las leyes ambientales para alcanzar dicho fin. La nota de la Comisión Europea C(2018) 7621, hace referencia a que, en aplicación del artículo 6.4 de la directiva 92/43/CEE, se implementa actualmente un «abanico de medidas compensatorias y complementarias», entre las que se encuentran la reintroducción de especies, la regulación de poblaciones por reintroducción de depredadores, recreación de hábitats, compra de terrenos para conservación, otorgamiento de incentivos para actividades económicas que desempeñen funciones ecológicas, etc.

No obstante, sin lugar a dudas, el instrumento que más se encuentra desarrollado es el régimen de comercio de derechos de emisiones. Este sistema comenzó sus operaciones en toda la Unión Europea a raíz de la Directiva 2003/87/CE, y es importado al derecho español mediante la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derecho de emisión de gases invernadero. La finalidad de esta herramienta es reducir las emisiones de gases nocivos que alcanzan la atmósfera, provenientes de instalaciones industriales situadas dentro del territorio español.

A grandes rasgos, el modo de operación del programa es el siguiente: se determina una cantidad total (representada en toneladas) de emisiones que se considera ambientalmente aceptable producir en un año y se emite un número acorde de certificados de derechos de emisión, los cuales son subastados o asignados gratuitamente a las empresas, mismas que deben a llevar una contabilidad de las emisiones contaminantes que generan y entregar un número equivalente de certificados de derechos de emisión dentro de los primeros cuatro meses siguientes al final de cada año.

Consideramos que esta herramienta es un instrumento de compensación debido a que su objeto es servir como medio para que los participantes del compensen aquellas emisiones que generen, las cuales se consideran inevitables al ser producto del desempeño de sus actividades. Según el último informe de aplicación de la Ley 1/2005 (10) este sistema ha tenido resultados muy favorables: en el año de 2020 se emitieron un total de 89,4 toneladas de CO₂ al ambiente por instalaciones adscritas al sistema, cifra que disminuyó un 56% respecto al primer año en que el programa entró en operación (2005) y, una reducción del 19% si se compara con el año anterior (2019).

(10) MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2020) «Aplicación de la Ley 1/2005. Análisis Global y Sectorial. Año 2020». Oficina Española de Cambio Climático. p. 2. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/el-comercio-de-derechos-de-emision-en-espana/evaluacion-y-cumplimiento/>.

El Registro de huella, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, es otro mecanismo compensatorio utilizado en España. Creado mediante el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, consiste en un registro público al cual se puede inscribir voluntariamente toda persona física o moral que desee medir el impacto de su huella de CO₂ y comprometerse a reducir sus emisiones, facilitando también la compensación de estas mediante el acceso a proyectos oficiales de captura de carbono. Hasta la fecha de su último informe, publicado el 21 de diciembre de 2021, el registro consta de 2046 organizaciones inscritas, entre las que se encuentran entidades públicas, como el ayuntamiento de Málaga, macroempresas, como Endesa, además de PYMES, como negocios de mudanzas o empresas marisqueras. Es importante exponer que, desde su puesta en marcha en el año de 2015, el registro ha llevado a cabo 146 compensaciones, las cuales significaron 6244 toneladas de CO₂ compensadas (11). Estas estadísticas se muestran bastante favorables, considerando que se trata de un mecanismo enteramente voluntario.

Del mismo modo, los bancos de conservación de la naturaleza constituyen otra herramienta de compensación presente en los cuerpos normativos españoles. Mencionados en la disposición adicional octava de la LEA, estos bancos son terrenos en los cuales se han efectuado mejoras ambientales, mismas que han sido verificadas por la administración y cuantificadas en un determinado número de créditos, los cuales pueden ser puestos en venta por el dueño del terreno. Los promotores pueden adquirir un número equivalente de estos créditos a la cantidad de impactos que supondrá la realización de su proyecto, cumpliendo así su responsabilidad de compensación ambiental, ya que se considera que no hubo pérdidas netas en los activos naturales, debido a que las mejoras que representan dichos créditos compensaron los daños ocasionados por el proyecto. Además, como expone DE GUERRERO MANSO (2016: 99-100) (12), estos créditos pudieran tener otros usos distintos, como sería el constituir una medida cautelar: para aquellas actividades económicas que conllevan un alto riesgo de producir impactos significativos, podría requerirse un cierto número de créditos basado en el nivel de riesgo de la actividad y, de presentarse los impactos, los créditos requeridos servirían de garantía hasta que el responsable restituyera el bien natural a su estado original.

(11) MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. (2020). «Registro de huella de carbono, compensación y proyecto de absorción de dióxido de carbono. Informe anual 2020». *Oficina Española de Cambio Climático*. pp. 24 y 25. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/informeannual2020_tcm30-526666.pdf.

(12) DE GUERRERO MANSO, C. (2015). «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España». *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, en esta REVISTA, Monografía XVI, Zaragoza.

Por otra parte, en lo concerniente al requisito de implementar medidas ambientales en los procedimientos de evaluación de impactos o de exigencia de responsabilidad, no se encontró información alguna en los anuarios estadísticos o memorias ambientales publicadas por el MITECO. Las únicas menciones relativas a la aplicación de estas medidas que se encontró fue en la jurisprudencia, las cuales mencionaremos en apartados posteriores.

IV. EL RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN MÉXICO

Con anterioridad, el sistema jurídico ambiental mexicano no contaba con un esquema de compensación, ya que la primera versión de la Ley General de Equilibrio Ecológico (LGEEPA), publicada en 1988, no hacía alusión a este régimen. Sin embargo, esta fue reformada en 1996, y se añadió a su artículo 35 la posibilidad de utilizar la compensación en su enfoque preventivo: después de valorar la manifestación de impacto ambiental presentada por el promotor de algún proyecto, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) podría autorizar condicionadamente la obra, exigiendo medidas adicionales de prevención y mitigación, «...a fin de que se eviten, atenúen o compensen los impactos ambientales...».

De igual modo, el artículo 22.ii.b del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Ordenamiento Ecológico (13), también señala que uno de los objetivos que tiene el Programa de ordenamiento ecológico general del territorio es el de promover el uso de medidas de mitigación para el atenuado o compensación de los impactos ambientales negativos provenientes de proyectos u programas puestos en marcha por la Administración Pública Federal, pudiendo ser estas propuestas por el mismo promotor en su informe preventivo (14).

No obstante, debemos señalar que, del mismo modo que se observa en el régimen español, se produce una ambigüedad normativa en las leyes mexicanas, puesto que, en el reglamento de la LGEEPA en materia de evaluación ambiental, se define a las medidas de mitigación como las acciones que ejecutará el promotor para atenuar los impactos y «reestablecer o compensar las condiciones ambientales existentes antes de la perturbación que se causare con

(13) Este reglamento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación en el 2003.

(14) En el sistema mexicano de evaluación de impactos, el informe preventivo es un documento que detalla la manera en que se realizará el proyecto y sus impactos ambientales previstos. De considerar la administración que este informe es suficiente, se procede de otorgar la autorización. Este proceso es equiparable al procedimiento simplificado de evaluación de impactos presente en las leyes españolas, debido a que se reserva para aquellos proyectos considerados de bajo riesgo para el ambiente o las modificaciones a obras que ya fueron valoradas y aprobadas.

la realización de un proyecto en cualquiera de sus etapas» (15). Esto pudiera generar incertidumbres jurídicas al no establecer la ley una clara distinción entre medidas de compensación y mitigación. A manera de ejemplo señalamos los artículos 12.IV y 13.VI del mismo reglamento, en donde se enumeran los contenidos de las manifestaciones de impacto ambiental que, aunque no se menciona que el promotor deba incluir las medidas de compensación, sí señala que deben incluirse estrategias de prevención y mitigación de impactos ambientales.

Sin embargo, aunque en la ley se incluyen las medidas compensatorias dentro de la definición de medidas de mitigación, en el sitio web de la SEMARNAT si se encontró una definición específica para las medidas de compensación: «conjunto de acciones a través de las cuales se pretende recuperar la funcionalidad ecológica de ambientes dañados por impactos residuales o garantizar la continuidad de aquellos otros que presentan algún grado de conservación, cuando ambos están ubicados en espacios geográficos distintos al afectado directamente por una obra u actividad» (16).

Como también se observa en el régimen español, el sistema mexicano presenta una fuerte correlación entre los regímenes de evaluación ambiental y compensación, ya que esta puede ser propuesta por la Administración o por los promotores como condicionante para la aprobación de algún proyecto cuando se estime que va a causar impactos al medio ambiente. Sin embargo, aunque en un principio se introducen las medidas compensatorias a las leyes mexicanas desde una perspectiva preventiva, no es hasta el 2013, cuando se publica la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA) que este régimen es expandido para incluir también la perspectiva de la responsabilidad. El artículo décimo de esta ley, establece por primera vez la obligación de todas las personas responsables de daños ambientales a repararlos, o, en caso de no ser esto posible, a compensarlos (17).

Nos referimos a que el régimen de compensación fue expandido con esta ley debido a que en ella se incluyen varias cuestiones importantes ausentes en legislaciones anteriores, como lo es una definición de compensación ambiental, que, en su artículo 17, define como: la inversión o las acciones a cargo del

(15) Artículo 3.XIV.

(16) SEMARNAT (2018). «Criterios de evaluación de impacto ambiental». 13 de agosto. México. Disponible en: <https://www.gob.mx/semarnat/acciones-y-programas/criterios-de-evaluacion-de-impacto-ambiental>.

(17) Esta responsabilidad es también señalada en el artículo 106 de la Ley General de Vida Silvestre, en donde: «sin perjuicio de las demás disposiciones aplicables...» aquellos sujetos físicos o morales que causen un daño directo o indirecto a la vida silvestre o su hábitat se encuentra obligado a repararlo o compensarlo.

responsable que generen una mejora ambiental sustitutiva (18) de la reparación total o parcial del daño causado y de una equivalencia total a los efectos adversos de este. El mismo artículo además señala que dichas medidas o inversiones deberán llevarse a cabo en el mismo ecosistema o región ecológica en donde se originó el daño y, de no ser esto posible, también se contempla la opción de que se lleven a cabo en un «lugar alternativo, vinculado ecológica y geográficamente al sitio dañado...». También menciona que el responsable puede cumplir con su obligación compensatoria por medio de la contratación de terceros. Asimismo, los tribunales mexicanos han reafirmado esta noción de que la compensación ambiental no consiste en una suma económica: «... procede una compensación, que no necesariamente debe fijarse en términos pecuniarios, sino en función de los servicios ambientales perdidos» (19).

De igual modo, la LFRA expone dos supuestos generales (20) en los cuales procede el uso de las medidas de compensación: cuando el daño sea material o técnicamente imposible de reparar en su totalidad, o, cuando la obra que dio origen a los impactos ambientales sea de carácter ilícito y la SEMARNAT evalúe posteriormente los daños y emita una autorización ambiental (21) en donde resuelva que el conjunto de acciones ilícitas resultan sustentables y «jurídica y ambientalmente procedentes...» (22). Pero, es menester señalar que, aunque la LFRA señala estos supuestos de procedencia, no se encontró en las leyes ambientales mexicanas alguna referencia directa a que el uso de las medidas de compensación debe adherirse a la jerarquía de mitigación.

El artículo 39 de la LFRA señala que, al momento de determinar las óptimas medidas de reparación y compensación ambiental a exigir en el procedimiento de responsabilidad, se tomarán en cuenta una serie de factores como los siguientes: los criterios de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, el costo de implementación de las medidas, su probabilidad de éxito, sus efectos en la salud y seguridad pública, su grado de beneficio al ecosistema dañado,

(18) Que la ley señale a la compensación como sustitutiva pudiera suponer un problema, ya que la compensación es de carácter subsidiario y nunca sustitutorio de la reparación primaria. Pero, podría interpretarse como sustitutoria a raíz de que se asume que es imposible la reparación primaria del daño, por lo que solo queda su compensación.

(19) SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. «Tesis II.2o.A.5 A (10a): PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL...».

(20) Artículo 14 de la LFRA.

(21) Dichas autorizaciones carecerán de validez hasta que el responsable haya efectuado la compensación ambiental.

(22) En estos casos, cuando la obra u proyecto sea ilícita (es decir, puesta en marcha sin efectuar el debido proceso de evaluación ambiental) se aplicarán las sanciones administrativas correspondientes sin derecho a las reducciones atenuantes. De igual modo, estas acciones serán sometidas a procedimientos de responsabilidad administrativa y penal.

la vinculación geográfica del sitio a aplicar las medidas con el aquel donde se produjo el daño, entre otras. Adicionalmente, el artículo 15 establece que la compensación puede ser total o parcial en la proporción a los activos naturales que no hayan podido ser restaurados.

Por otra parte, en la Ley General de Vida Silvestre (LGVS) se expone que las autoridades que ejerzan sus atribuciones e intervengan en actividades de explotación de los recursos naturales deberán adoptar las medidas necesarias para que dichas acciones «se lleven a cabo de modo que se eviten, prevengan, reparen, compensen o minimicen los efectos negativos de las mismas sobre la vida silvestre y su hábitat» (23). Además, indica que la Secretaría (SEMARNAT) diseñará y promoverá el desarrollo de «criterios, metodologías y procedimientos» que ayuden a identificar los valores naturales y sus servicios, con el fin de que se establezca una relación entre la conservación ambiental y la explotación sustentable de sus activos naturales. Entre estas herramientas de conservación, la LGVS señala a los mecanismos de compensación e instrumentos económicos que puedan ayudar a la retribución de los costos invertidos para la conservación a los habitantes de las localidades en donde se desarrollen.

Por otra parte, en lo que respecta al panorama de América Latina, México se encuentra un poco rezagado en la regulación de este régimen compensatorio, ya que, otros países si se han pronunciado de manera más extensa en esta materia, como es el caso de Colombia, que cuenta con un Manual para la Asignación de Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad, o Perú, cuyo Ministerio del Ambiente publicó una guía titulada «Lineamientos para la compensación ambiental en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental» donde establece que todas las medidas compensatorias empleadas en ese país deben adherirse a los principios de la jerarquía de mitigación y no pérdida neta de activos naturales.

1. Aplicación del régimen de compensación ambiental en México

Sin embargo, aún a pesar de que la legislación ambiental relativa a la compensación es algo reducida, se observa la aplicación de este régimen en todo el territorio mexicano, principalmente en su carácter precautorio, ya que operan distintos mecanismos enfocados a requerir la compensación de impactos como un requerimiento para realizar la acción que producirá el impacto negativo en el entorno ambiental. La Administración Federal canaliza recursos públicos a planes y programas orientados a incentivar a la población a hacer uso de estas herramientas, como es el caso del Programa de Restauración y Compensación Ambiental o el Programa de Compensación Ambiental por Cambio de Uso de Suelo.

(23) (23) LGVS, artículo 19.

También se observa que la mayoría de las estrategias compensatorias avaladas por el gobierno y que se emplean son de la clase In-lieu en donde el promotor paga una suma de compensación y esta es abonada a un fondo cuyos recursos se destinan para acciones de conservación puestas en marcha por terceros. En este apartado se hará mención de los principales mecanismos presentes en las leyes mexicanas que tengan como fin brindar una algún tipo de compensación a los impactos ambientales.

A) Compensación ambiental por cambio de uso de suelo

Esta figura representa la primera estrategia de compensación ambiental que fue incluida en la legislación mexicana y actualmente es la más utilizada en el país. Tiene su origen en la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGDFS), publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 25 de febrero de 2003 (24) y, a grandes rasgos, consiste en el pago de una suma monetaria a manera de compensación ambiental para los impactos ambientales provenientes de cambiar el uso de un terreno forestal, requisito necesario si se quiere lograr la autorización administrativa.

En la LGDFS (artículo 7, fracción VI) se define al cambio de uso de suelo en terreno forestal como «la remoción total o parcial de la vegetación de los terrenos forestales para destinarlos a actividades no forestales». Cualquier particular puede solicitar una autorización a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales para realizar un cambio de uso de suelo, es decir, se debe presentar una de estas solicitudes cuando se planea hacer una remoción de vegetación presente en un terreno para destinarlo a fines distintos a los de explotación forestal, como serían la agricultura, la ganadería, o la construcción de un inmueble.

La SEMARNAT deberá fundar y motivar toda autorización de cambio de uso de suelo, basándose en los estudios técnicos justificativos que demuestren que se mantenga la biodiversidad de los ecosistemas que se verían afectados por el cambio de uso, como también las medidas de mitigación empleadas para reducir la erosión de los suelos o las afectaciones a la calidad de los mantos acuíferos y su captación de agua. Además, estas autorizaciones deben inscribirse en el Registro Forestal, el cual es público (25).

(24) Aunque la LGDFS se publicó en 2003, no fue sino hasta el 2005, con la publicación de su reglamento, cuando se produjeron las primeras compensaciones por cambio de uso de suelo. Ver: LAZO, B. (2016). «Chapter 7: Mexican Environmental Compensation Scheme for Land—Use Change in Forested Areas», en: *OECD Publishing* (ed.) *Biodiversity Offsets. Effective Design and Implementation*. París. p. 201. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/environment/biodiversity-offsets_9789264222519-en.

(25) LGDFS, artículos 93 y 94.

El otro requerimiento esencial para que pueda ser otorgada la autorización del cambio de uso de suelo es que el interesado debe comprobar que realizó el «depósito por concepto de compensación ambiental». Este depósito se efectúa ante el Fondo Forestal Mexicano y es una manera de subsanar los cambios o daños al medio ambiente que se derivan del cambio de uso, cuyos costos deben ser asumidos por el solicitante. La ley establece que todos los recursos recaudados por medio de estos depósitos de compensación ambiental deberán ser destinados a actividades de reforestación, restauración y mantenimiento de ecosistemas dañados, de preferencia en las mismas entidades federativas o cuencas hidrológicas en donde se hayan autorizado los cambios de uso de suelo (26).

Este esquema de compensación permite que los tiempos de las solicitudes por cambio de uso de suelo sean resueltas en un menor tiempo y de una manera menos costosa para el promotor, pero no a costa de la degradación del medio ambiente, ya que se asegura que las medidas de compensación ambiental serán implementadas por un tercero (27). Actualmente es la herramienta de compensación de mayor uso en México: sólo en entre los años de 2018 y 2020 se aprobaron 292 solicitudes de cambio de uso de suelo, lo cual canalizó 655,1 millones de pesos a raíz del depósito de compensación, recursos que fueron empleados en realizar mejoras ambientales sobre una superficie de 38,626 hectáreas de terrenos boscosos que resultaron restauradas o recuperadas (28) (29). Los recursos recaudados son puestos en uso mediante el Programa de Compensación Ambiental por Cambio de Uso de Suelo, gestionado por la Comisión Nacional Forestal y mediante el cual se financian acciones de restauración de suelos, de reforestación y de mantenimiento, para que, una vez restaurados o creados nuevos elementos forestales, se vean compensados los servicios ambientales afectados por el cambio de uso debidamente autorizado.

En otro orden de ideas, una cuestión que consideramos especialmente importante y que es necesario mencionar es la manera en la cual se calcula el monto de esta compensación. Esta cifra es calculada tomando como base dos criterios generales (30): el primero es el costo de referencia para la reforestación, restauración y mantenimiento del terreno, y, el segundo criterio se

(26) LGDFS, artículo 98.

(27) LAZO, B. (2016). «Chapter 7: Mexican Environmental Compensation...», *op. cit.* p. 202.

(28) SEMARNAT (2019). «1 Informe de Labores 2018-2019». 1 de septiembre. p. 29. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/489747/1ER_INFORME_DE_LABORES_-_MEDIO_AMBIENTE-.pdf.

(29) SEMARNAT (2020) «2 Informe de Labores 2019-2020». 1 de septiembre. p. 28. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/575593/MEDIO_AMBIENTE_2-INFORME-DE-LABORES_3_compressed.pdf.

(30) LGDFS. Artículo 152.

denomina «nivel de equivalencia para compensación ambiental por unidad de superficie».

Los costos de referencia son un monto estimado que representa el costo que implicaría realizar actividades de mejora en una hectárea de una determinada zona ecológica (31) y se establecen en el «Acuerdo mediante el cual se expiden los costos de referencia para reforestación o restauración y su mantenimiento para compensación ambiental por cambio de uso de suelo en terrenos forestales y la metodología para su estimación» (ACR). A cada zona se le asigna un valor distinto dependiendo del índice de biodiversidad presente en ella, siendo la de mayor costo la que contenga humedales o manglares, y las de menor, aquellas áridas o semiáridas. Aunque estas cifras son fijas, deberán añadirse las variaciones anuales que indique el Índice Nacional del Consumidor (32). A continuación, se enumeran dichos costos por hectárea:

- «Otros humedales»: 188,556.75 pesos.
- Manglares: 59,992.23 pesos.
- Templada 26,508.96 pesos.
- Tropical 18,363.30 pesos.
- Árida y semiárida: 14,002.49 pesos.

En lo relacionado a la metodología empleada para el cálculo de estos costos de referencia, el Anexo I del mismo acuerdo señala que se llevó a cabo teniendo en cuenta una serie de variables como es el salario promedio de los trabajadores que efectuarán las mejoras, el tiempo requerido para efectuarlas, el costo de los materiales y maquinaria, dificultad de accesibilidad al terreno, índice de biodiversidad presente, etc.

Por otro lado, en el «Acuerdo donde se establecen los niveles de equivalencia para la compensación ambiental por el cambio de uso de suelo en terrenos forestales, los criterios técnicos y el método que deberán observarse para su determinación» se expone el otro factor necesario para el cálculo del monto de compensación. Esta equivalencia se determina basándose en un sistema de puntaje resultado de una serie de criterios que reúne el terreno, de entre los cuales destacan: el tipo de ecosistema, el estado de la vegetación presente, los servicios ambientales que provee, si en el predio habitan especies protegidas, la obra a efectuarse en el terreno y sus impactos en la vegetación, los beneficios ambientales, sociales y particulares, etc. Se observa que a mayor puntaje será mayor el nivel de equivalencia, siendo la mínima proporción de 1:3 por hectárea, mientras que la mayor sería de 6:1 por hectárea.

Entonces, supongamos que se desea solicitar el cambio de uso de suelo para un terreno en donde se obtuvo un puntaje de 14 puntos, por lo cual

(31) ACR. *Diario Oficial de la Federación*, 31/07/2014. Artículo 1.

(32) ACR. artículo 3.

se deberá compensar con una ratio de 3:1 por hectárea afectada. Se prevé afectar 2 hectáreas del terreno, el cual se encuentra en una zona designada como ecológica tropical, por lo que su costo de referencia por hectárea es de 14,002.59 pesos. Entonces, al realizar la multiplicación $2 \times 3 \times 14,002.59$ resulta el monto a pagar por concepto de compensación ambiental para cambio de uso de suelo: 84,015.54 pesos (33).

La importancia de mencionar esta metodología reside en que es la única referencia en ambos cuerpos jurídicos en donde se expone un procedimiento para establecer el monto que ha de pagarse a manera de compensación de impactos. Esto consiste en un valioso precedente, ya que este método pudiera ser emulado para determinar las cuantías de compensación en aquellas herramientas compensatorias distintas al cambio de uso de suelo. Como sería el caso de los bancos de conservación, en donde podría servir como una pauta a seguir para asignar un valor inicial a los créditos ambientales, ya que, como se mencionó anteriormente, estos representan mejoras ecológicas implementadas dentro de un terreno determinado.

B) Programa de Prueba del Sistema de Comercio de Emisiones

Tras la ratificación del Acuerdo de París por el Senado de la República en el 2016, se reforma la Ley General de Cambio Climático (LGCC) para que esta refleje los compromisos de reducción de emisiones de carbono pactados, para lo cual, se optó por utilizar la herramienta del Sistema de Comercio de Emisiones (SCE). El artículo 94 de la LGCC dicta que la SEMARNAT «...establecerá de forma progresiva y gradual un sistema de comercio de emisiones con el objetivo de promover reducciones de emisiones que puedan llevarse a cabo con el menor costo posible, de forma medible, reportable y verificable...». Asimismo, en los transitorios de la LGCC se menciona que, con anterioridad a la implementación de un SCE, se deberán establecer las bases para un programa de prueba «sin efectos económicos para los participantes» (34) que tenga una duración de 36 meses. Así surge el Programa de Prueba del Sistema de Comercio con Emisiones (PPSCE).

El Acuerdo por el cual se establecen las bases preliminares del Programa de Prueba de Sistema de Comercio de Emisiones (APPSCE) contiene todas las pautas a seguir para el funcionamiento de esta herramienta y, en su artículo segundo, señala que el PPSCE se constituye por: el número máximo de derechos de emisión expedidos, «el Sistema de seguimiento y transacciones del mercado de derechos

(33) A este monto se le deberá además sumar el aumento de actualización del año en curso en el que se presente la solicitud.

(34) Es decir, no habrá sanciones económicas para los participantes por incumplimiento y los derechos de emisión se les asignarán gratuitamente.

de emisión y créditos de compensación», el mercado donde se comercian los derechos de emisiones, y los Mecanismos Flexibles de Cumplimiento.

Entre los objetivos de este Programa de Prueba, destacan los siguientes: avanzar en las metas para reducir las emisiones de carbono en México, hacer una prueba del funcionamiento del sistema, adquirir información «más robusta y de mayor calidad» sobre su desempeño, familiarizar a los operadores económicos con el programa y su funcionamiento, y, «generar un valor para los derechos de emisión y créditos de compensación» (artículo sexto).

Este sistema de prueba funciona muy parecido a su análogo español: la SEMARNAT delimitará un tope máximo de emisiones de dióxido de carbono permitidas (35), el cual servirá de base para expedir un determinado número de certificados de derechos de emisión que serán asignados a los participantes, los cuales deben declarar las emisiones totales derivadas del desempeño de sus actividades del año anterior y entregar un mismo número de derechos de emisión a más tardar el primero de noviembre de cada año en curso. Los participantes de este programa son todas aquellas instalaciones que emitan 100 mil o más toneladas de carbono al año y que desempeñen actividades de las presentes en un listado del artículo séptimo del APPSCE (explotación de hidrocarburos, industrias automotrices, siderúrgicas, mineras, etc.).

La plataforma virtual por medio de la cual funcionará este programa se denomina Sistema de Seguimiento (36) (SDS). Los participantes deberán registrarse a esta plataforma para la creación de una nueva cuenta, en donde se les asignarán los derechos de emisión correspondientes. En el Sistema también se llevarán a cabo las transacciones de derechos entre los participantes, así como las subastas de certificados por parte de la Secretaría. Toda la información relativa a las emisiones reportadas por los participantes, el número de derechos emitidos y asignados, y las transacciones realizadas por medio del Sistema será de carácter público.

Al finalizar el periodo de prueba, la SEMARNAT, apoyada por otros órganos ambientales como el Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático, determinará la efectividad del Programa, tomando en cuenta una serie de factores: si se lograron los objetivos planteados, el avance en consecuencia con las metas para reducir las emisiones, el potencial para expandir el programa para otras emisiones distintas al dióxido de carbono, el costo de implementación del programa (precio de los derechos de emisión, los beneficios potenciales para los operadores participantes, los costos de mitigación, costos administrativos, etc.), y el desempeño de los mecanismos flexibles de cumplimiento.

(35) En la etapa de prueba del programa solo se tomarán en cuenta las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera, al ser estas las más comunes.

(36) APPSCE. Artículos 28-32.

Una vez finalizados los 36 meses de la etapa piloto, comenzará una fase de transición hacia la fase operativa del programa, en donde se iniciará con la venta de los derechos de emisiones y habrá repercusiones económicas para los participantes que no cumplan sus obligaciones.

C) Otros instrumentos de compensación utilizados en México

Aunque los descritos con anterioridad son los mecanismos de mayor uso, no son los únicos que contempla la ley mexicana. Existen otras figuras jurídicas que tienen por objetivo la compensación ambiental, pero que son utilizadas en menor grado debido a distintos factores, ya sea porque su uso no se encuentra tan incentivado por parte de la administración como las demás herramientas, o porque sólo pueden ser utilizadas en escenarios muy específicos.

El cobro de derechos por el uso y aprovechamiento de las Áreas Naturales Protegidas (ANP) es una de estas figuras. Consiste en el cobro de una determinada suma a los individuos que planeen «uso o aprovechamiento no extractivo de los elementos naturales y escénicos...» (37) ubicados en ANP y que tengan fines turísticos o deportivos, como son la navegación, excursionismo, espeleología, etc. Aunque a primera vista esta puede ser una herramienta de carácter fiscal, su objetivo es compensar los impactos ambientales derivados del turismo, ya que las sumas recaudadas serán destinadas a la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas para que con ellas se financien acciones de restauración o mejoras ambientales en ANP degradadas.

La suma requerida es por persona, por día y varía según un tabulador presente en la Ley Federal de Derechos, en donde se distribuyen las ANP según la vulnerabilidad y fragilidad de sus ecosistemas. Esta herramienta resulta un «soporte que permite generar ingresos a partir de la conservación» (38), puesto que, aunque el cobro por persona no es muy elevado (salvo en pocas excepciones), debido a la gran afluencia turística se logran recaudar importantes cantidades (39), las cuales son destinadas a financiar acciones de mejora ambiental y sirven para compensar, en cierta medida, los impactos que trae consigo la actividad económica turística en zonas que presentan un alto grado de biodiversidad, como son las ANP.

(37) Ley Federal de Derechos, artículo 198.

(38) ÁLVAREZ ICAZA, P., MUÑOZ PIÑA, C., *et. al.* (2008). «Instrumentos territoriales y económicos que favorecen la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad». En: CONABIO (ed.), «Capital Natural de México, Vol. III: Políticas Públicas y Perspectivas de Sustentabilidad». CONABIO. México. p. 248.

(39) Entre los años de 2015 y 2018 se recaudaron un total de 404,8 millones de pesos en cobros de derecho de ANP. Ver: COMISIÓN NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS (2019). «Cobro de Derechos 2019. Propuesta». p. 2. México. Disponible en: https://procurement-notices.undp.org/view_file.cfm?doc_id=171626.

Otro mecanismo similar es el cobro del derecho de aprovechamiento extractivo de vida silvestre, o, en otras palabras, el derecho de pago para practicar la cacería en zonas federales. Este concepto se calcula en relación al ejemplar que se pretende extraer del medio silvestre, cuyo listado se encuentra establecido en el artículo 238 de la Ley Federal de Derechos, siendo el ejemplar más «caro» el borrego cimarrón (*Ovis canadiensis mexicana*) con una tasa de 583,055.37 pesos por ejemplar. Es importante mencionar que existe un límite de permisos de extracción emitidos para cada especie, con base en estudios poblacionales que determinan el número de ejemplares anuales que pueden ser cazados, para así garantizar un aprovechamiento sustentable. Lo recaudado por este medio se destina a la SEMARNAT para que este órgano los invierta en Proyectos de Manejo Regional y Proyectos de Recuperación de Especies Prioritarias. Es importante mencionar que se exime de estos costos a la extracción de ejemplares con fines científicos y proyectos de repoblación o reintroducción que se encuentren debidamente acreditados.

También existe el Programa de Restauración y Compensación Ambiental, creado en 2003 a raíz de un convenio de colaboración entre la Procuraduría Federal de la Protección al Ambiente (PROFEPA) y la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO). Tiene por objetivo el financiar acciones de restauración en los ecosistemas degradados del país y trabajos orientados a la preservación natural. El Programa obtiene los recursos para su operación de los acuerdos entre la PROFEPA y los particulares que han incumplido la normatividad ambiental, quienes se comprometen a aportar recursos económicos para la compensación de sus impactos ambientales (40). Los recursos que recibe el programa se engloban en dos categorías: aquellos que deben utilizarse para financiar acciones específicas diseñadas para la restauración de un daño ambiental determinado (41) y, las que no se encuentran destinadas a ninguna acción en particular y deberán destinarse a la restauración y compensación de impactos a recursos naturales que sean «obra de interés público relacionados con la conservación, uso sustentable, restauración y protección o para el conocimiento de la biodiversidad» (42).

(40) Ya mencionamos anteriormente estos acuerdos entre la PROFEPA y los particulares como mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los procedimientos de exigencia de responsabilidad ambiental. Vid. LGEEPA, artículos 168, 169 y 203.

(41) Determinadas en los acuerdos de cooperación entre los particulares infractores y la PROFEPA.

(42) COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD (2019). «Programa de Restauración y Compensación Ambiental». México. Disponible en: <https://www.biodiversidad.gob.mx/conabio/proyectos/programa-de-restauracion-y-compensacion-ambiental>.

V. PRINCIPALES APORTACIONES DE LA COMPENSACIÓN DE IMPACTOS A LOS DEMÁS ENFOQUES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

1. Evaluación de impactos y compensación ambiental

Como mencionamos con anterioridad, anteriormente se consideraba un hecho que los daños ambientales provenientes de proyectos era un precio inevitable a pagar por los beneficios que aportaban. También, muchos de dichos proyectos eran descartados debido a su alto índice de impactos previstos, es decir, después de la valoración, se llegaba a la conclusión de que el beneficio que la sociedad recibía al conservar los espacios naturales era considerado mayor que la ganancia socioeconómica adquirida con la realización del proyecto. Pero, haciendo uso de las medidas de compensación, este panorama puede cambiar drásticamente.

Mediante una correcta aplicación de las medidas compensatorias, podría ser posible una revalorización de aquel proyecto que anteriormente fue descartado, ya que estas proveen una opción de compensar, hasta un determinado punto, el daño, dando así la opción de aprovechar el desarrollo socioeconómico, pero no a costa de un elevado deterioro ambiental. De igual manera, provee a los promotores de una vía para anteponerse a los requerimientos de la evaluación, ya que, si presentan una correcta propuesta de uso de medida compensatorias, su proyecto pudiera ser aprobado en un lapso menor de tiempo que si se esperara a que la administración dictaminara el uso de estas medidas, lo cual resulta beneficioso para las dos partes.

En las primeras etapas del procedimiento de evaluación, el promotor debe presentar el estudio de impacto ambiental, es aquí en donde se deben plantear y justificar todas aquellas alternativas de realización del proyecto que pudieran resultar más adecuadas para el medio ambiente, incluyendo la alternativa cero, en donde se debe exponer una «hipótesis de referencia» de la situación del medio natural en caso de no realizarse el proyecto, es decir, como el medio ambiente continuaría sus funciones sin que la acción humana lo impactara (43). Del mismo modo, el promotor deberá valorar y cuantificar los daños que la obra tenga previsto causar en el entorno ambiental o social, anexando además al documento las medidas de prevención, corrección o compensación de dichos daños que se prevén implementar.

Después, en la etapa de análisis técnico del expediente, el órgano ambiental administrativo evalúa todas estas propuestas del promotor, con el objetivo de determinar una serie de cuestiones: a) que se exploraron todas las alternativas de realización del proyecto y la presentada en el EiA es la menos perjudicial para el medio ambiente, b) que debido a que se prevé que persistan daños

(43) LEA. Anexo VI, 1. c).

residuales o algún daño irreversible, a pesar de las medidas de reparación primaria, se deben aplicar medidas de compensación, y c), que las medidas compensativas propuestas por el promotor se adhieren al tipo de impacto y son adecuadas para subsanar dicha compensación. El órgano ambiental también puede proponer aquellas medidas que, a su juicio, serían más adecuadas para a la situación.

Sin embargo, aunque España cuenta con un sólido marco normativo en cuestiones de evaluación de impactos, resulta muy común encontrar situaciones en donde proyectos son autorizados mediante procesos de evaluación que presentan deficiencias, como una incorrecta valoración de los daños, o con irregularidades en su desarrollo, en donde, al parecer, prevalece el interés económico sobre el de salvaguardar la integridad del medio ambiente.

Como ejemplo quisiéramos señalar el caso de una autorización otorgada por la Junta de Andalucía para el desarrollo de un proyecto de rehabilitación de un antiguo complejo de edificios que anteriormente se utilizaban con fines agropecuarios. El proyecto buscaba rehabilitar dichas edificaciones para convertirlas en un hotel de 30 habitaciones, y el único condicionante establecido por la administración para su realización fue que el proyecto fuera declarado de interés público y que se tramitara una autorización para reutilizar aguas depuradas. El problema reside en que, dicho proyecto se encuentra a sólo 900 metros de la Playa los Genoveses, en el Parque Natural Cabo de Gata-Níjar (Almería), un área considerada de alto valor ambiental y de frágil equilibrio ecológico (44).

Distintas asociaciones de protección ambiental han presentado sus inconformidades acerca de esta autorización ambiental, como Greenpeace, que considera que el proyecto «sentaría un precedente muy peligroso de ilegalidades en el Cabo de Gata» (45). Del mismo modo, la organización señalaba su inviabilidad ambiental debido a distintos factores: la necesidad de conectar el proyecto a la red de abastecimiento por medio de vías subterráneas, por lo que sería necesario realizar excavaciones en el Parque Natural, además de que se aumentaría el flujo de tráfico motorizado dentro del parque, todo esto sumado al hecho de que la zona es un área de especial importancia para las aves esteparias, etc.

(44) SÁNCHEZ, N. (2022) «El Gobierno Andaluz da su visto bueno final para abrir un hotel en el parque de Cabo de Gata». *El País*. 20 de enero de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2022-01-20/el-gobierno-andaluz-da-su-visto-bueno-final-para-abrir-un-hotel-en-el-parque-de-cabo-de-gata.html>.

(45) GREENPEACE (2020) «Greenpeace presenta alegaciones contra el hotel de los Genoveses al considerarlo inviable ambientalmente». *Comunicados de prensa*. 30 de junio de 2020. Disponible en: <https://es.greenpeace.org/es/sala-de-prensa/comunicados/greenpeace-presenta-alegaciones-contr-a-el-hotel-de-los-genoveses-al-considerarlo-inviable-ambientalmente/>.

En el mismo orden de ideas, debemos señalar el conocido caso del macro complejo turístico en la playa del Algarrobico, también situado dentro del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar. Dicho proyecto comenzó su construcción en el 2003 y casi 20 años después ha sido imposible su demolición, aún después de haber sido declarada obra ilegal, ya que fue construida sobre terreno considerado como no urbanizable. Esto ha sido confirmado por la sentencia 396/2016 del TSJ, en la cual se estima que ha lugar el recurso de casación interpuesto por Greenpeace España y la Junta de Andalucía (46) en contra de la sentencia del TSJ de Andalucía, mediante la cual se declaró como legal la obra en cuestión.

Asimismo, la administración española ya ha sido reprendida por la UE en relación a estas cuestiones, como se puede observar en la sentencia de 24 de noviembre de 2011 del TJUE, asunto C-404/09 (47), donde se declara que España incumplió sus obligaciones relativas a las directivas de Conservación de los hábitats naturales y Evaluación de impactos ambientales. La administración española autorizó operaciones de minería a cielo abierto en las instalaciones denominadas como «Nueva Julia» y «Los Ladrones», ambas dentro del «Alto Sil», lugar designado como de Importancia Comunitaria, localizado en la comunidad de Castilla y León. El TJUE determinó que dichas autorizaciones entraban en conflicto con el marco normativo comunitario, ya que no fueron sometidas a un apropiado proceso de evaluación, además de no comprobar los requisitos siguientes: explorar alternativas más sostenibles para la realización de los proyectos, el deber de comunicar a la Comisión sobre las posibles medidas de compensación que se adoptarían y la justificación de las razones imperiosas de interés público.

Estos ejemplos y, muchos otros, demuestran que el régimen de evaluación ambiental no siempre es aplicado de una correcta manera, y que, en la mayoría de casos, es necesario que la sociedad apele a tribunales de alta jerarquía para que se subsanen los errores en los procedimientos de autorización. Sin embargo, una debida aplicación de las medidas compensatorias podría ayudar de gran manera a reducir estos escenarios. Debido a sus características intrínsecas como herramienta de protección ambiental, el requerimiento por parte de la administración de medidas de compensación adecuadas, proveería una capa extra de seguridad jurídica al procedimiento de evaluación de impactos ambientales.

(46) TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 396/2016 de 10 de febrero de 2016 (Sala de lo contencioso administrativo, sección quinta). ROJ: STS 396/2016 – ECLI:ES:TS:2016:396.

(47) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Sala Cuarta) en el asunto C-404/09, Comisión Europea contra Reino de España. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=c-404/09&td=ALL> (Última fecha de acceso: 31 de enero de 2022).

Por ejemplo, consideramos pertinente señalar el siguiente caso: la sentencia 20196/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (48) estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación WWF/ADENA en contra de la Consejería de Ordenación y Vivienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y anula la aprobación de un estudio informativo para el desarrollo del proyecto de «Autovía de los Viñedos», conexión de alta velocidad Ciudad Real-Toledo.

De entre los fundamentos mediante los cuales se declaró nulo el informe, debemos destacar los siguientes: la administración consideró varias alternativas para el desarrollo de la autovía, pero no optó por la que se consideraba menos perjudicial en términos medioambientales, ya que consideró que alargaba innecesariamente la carretera en 30 kilómetros y que su coste era demasiado elevado comparado a las demás alternativas. Asimismo, el proyecto incursionaba en una Zona de Especial Protección de Aves y Lugar de Interés Comunitario, causando impactos negativos graves relacionados a la fauna local: «por la pérdida de hábitat que supone, por el efecto barrera, por los atropellos y colisiones con los vehículos que ocasiona, así como por sus molestias, ruidos y contaminación». Finalmente, se consideraban como muy poco efectivas las medidas de compensación presentadas por el promotor: «En cuanto a las medidas compensatorias previstas en la mentada declaración se juzga dudoso que posean una adecuada justificación. En consecuencia, se formula declaración de impacto ambiental negativa».

Pero, si en este caso, se hubieran aplicado de una correcta manera las medidas compensatorias, el nivel de sustentabilidad del proyecto fuera muy distinto. La implementación de barreras sónicas y puentes verdes para el cruce de fauna, como se mencionó en el ejemplo hipotético expuesto con anterioridad, compensaría de gran manera aquellos impactos que inevitablemente supondría la construcción de una autovía y el flujo vehicular. También, la administración podría haber planteado una realineación de la carretera para que no tuviera un impacto tan severo en las zonas protegidas, como se menciona en misma sentencia, que hace referencia a la autorización de otro proyecto muy similar, en donde la autopista evaluada solo transcurre por menos de 200 metros dentro en las zonas ZEPA y LIC, por lo que se consideró que no producía impactos significativos y se le otorgó la aprobación.

Entonces, consideramos que, la más grande aportación de las medidas compensatorias a las herramientas preventivas de protección ambiental es proveer un nuevo enfoque que complementa y fortalece los procesos de evaluación

(48) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA. Sentencia 20196/2015 (Sala de lo contencioso administrativo) de 27 de febrero de 2015. ROJ: STS/CLM 617/2015 – ECLI:ES:TSJCLM:2015:617.

de impactos ambientales, por medio del cual se pueden afrontar de una manera más óptima aquellos daños considerados inevitables o irreversibles: mediante el requerimiento al promotor a que la realización de su proyecto se adapte a las medidas compensatorias que propone la administración o, aceptando aquellas que este proponga en su informe ambiental, se alcanzaría un más elevado grado de protección ecológica que el obtenido si se autorizara el proyecto simplemente asumiendo que las medidas de prevención y reparación resultan adecuadas y suficientes.

Pero, también debemos reiterar que todos estos aspectos positivos solo serían posibles bajo el supuesto de que se acreditaran de una manera justificada las aportaciones al desarrollo social que supondría el proyecto en consideración, además de que se opta por la manera más sostenible de realizarlo y que se sigue la jerarquía de mitigación al pie de la letra. Estos requerimientos son la piedra angular sobre la cual se sostiene la teoría de que un más extendido y correcto uso de las medidas compensatorias favorecerían en gran manera al cuidado de la integridad medioambiental.

2. Responsabilidad ambiental y compensación de impactos

En otro orden de ideas, aunque el proceso de evaluación de impactos sea el campo con mayor potencial para utilizar las medidas compensatorias, no es este su único posible uso, puesto que también presentan un elevado potencial para hacer frente a aquellos impactos ambientales que son producto de actuaciones no evaluadas, evaluadas incorrectamente o situaciones fortuitas. La administración pública tiene la potestad de requerir a los operadores que cumplan con las medidas preventivas y de reparación del deterioro ambiental en virtud de salvaguardar la integridad del medio ambiente, como también se encuentran facultados a requerir a los promotores que se cumplan medidas compensatorias si lo estiman necesario.

El caso del Embalse de Valdecañas, situado en la provincia de Cáceres, Extremadura, nos provee un excelente ejemplo del uso de medidas compensatorias siendo aplicadas desde el enfoque de responsabilidad medioambiental. La administración decretó la autorización para la construcción de un complejo turístico con una superficie de 134 hectáreas en dicho embalse, el cual incluía dos hoteles, campo de golf, campos deportivos y 315 viviendas, entre otras edificaciones. Este proyecto obtuvo la autorización aun a pesar de que sus impactos ambientales se consideraron severos y que el área afectada pertenece a la Red Natura 2000, ya que es considerado un Lugar de Interés Comunitario y Zona de Especial Protección de las Aves. Asimismo, la declaración del proyecto como de interés general tampoco contó con más fundamentos que la alusión a fomentar el turismo en el embalse y la

creación de actividad económica en una zona que se encontraba «altamente deprimida» (49).

Aunque el proyecto fue aprobado en el año de 2007, la sentencia 195/2011 de 9 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (50) declaró que el decreto de autorización y, por consecuencia, el proyecto, eran nulos «por no estar ajustados al Ordenamiento Jurídico». Del mismo modo, se ordenó devolver los terrenos afectados al estado ambiental en que se encontraban antes de la realización del proyecto. Sin embargo, transcurridos 11 años, aún no se ha logrado ejecutar dicha sentencia, en gran parte por las dificultades que supondría hacerlo.

La imposibilidad material parcial de la ejecución de dicha sentencia se dicta en un auto con fecha del 30 de junio de 2020 por el TSJ de Extremadura (51), debido a que, uno de los hoteles ya se encontraba en operación y más de una tercera parte de las residencias proyectadas del complejo urbano ya se encontraban habitadas, por lo que resultaría imposible para las arcas de la Junta de Extremadura el hacer frente a los costos de demolición e indemnización a los dueños de las viviendas. Debido a esto, el tribunal decidió que lo óptimo era ejecutar de manera parcial la sentencia: demoler las construcciones que aún no se habían terminado e implementar acciones para restituir el medio ambiente lo más cercano posible a como se encontraba antes de que se comenzara a desarrollar el proyecto.

Es aquí donde podemos encontrar la cuestión de suma relevancia para este trabajo: las asociaciones vecinales de propietarios de las viviendas pertenecientes al complejo habitacional situado en el embalse, propusieron al STJEx «que se adopten las medidas compensatorias/correctoras necesarias para evitar los impactos negativos», lo cual fue tomado en cuenta por el tribunal, ya que dictaminó que la Junta, en conjunto con las comunidades de habitantes, deberían formular dos planes: uno para la demolición de las obras incompletas y restauración de sus impactos, y, un «Programa o Plan para proteger el medioambiente y de medidas compensatorias».

(49) TRILLO-FIGUEROA CALVO, J. M., y DORESTE, J. (2014). «Marina Isla de Valdecañas. Un nuevo ejemplo de las dificultades para preservar los espacios naturales ante la barbarie urbanística». *Revista el Ecologista*. Número 81. pp. 32-34.

(50) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA. Sentencia 195 de 9 de marzo de 2011 (Sala de lo contencioso). ROJ: STSJ EXT 450/2011 – ECLI:ES:TSJEXT:2011:450. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/ab46b85512c167301d889ab370e1cddd6f3d4a7ee1213f83>.

(51) TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE EXTREMADURA. Auto con fecha 30 de junio de 2020 (Sala de lo Contencioso), del procedimiento 17/2014 de ejecución definitiva de sentencia. Disponible en: <https://www.ecologistasenaccion.org/wp-content/uploads/2020/07/auto-isla-valdecanas.pdf>.

Sin embargo, en el auto no se encuentra especificada ninguna de estas medidas de compensación propuestas por las asociaciones vecinales o por la administración. Pero, si existe mención de que, en un informe pericial llevado a cabo por la Estación Biológica Doñana-CSIC (requerido previamente a la ejecución de sentencia) se determinó lo siguiente: (en lo que respecta a la cubierta vegetal presente en la Isla de Valdecañas) «está probado que, la construcción de la urbanización produjo la destrucción de parte de la cubierta vegetal existente en la isla. No obstante, el perjuicio producido puede ser compensado mediante la regeneración del bosque mediterráneo en las plataformas donde se iban a construir nuevas edificaciones...» (52), es decir, una vez demolidas las edificaciones y reacondicionado el suelo, se debía proceder a revegetar una gran parte de la isla con elementos pertenecientes al ecosistema de bosque mediterráneo, para que coincida con el resto de la zona de protección de aves.

También es muy importante señalar que, en dicho informe, la Estación Biológica Doñana-CSIC llegó a la conclusión de que la alternativa más sostenible resultaba la demolición total del todo el complejo para después proceder a la revegetación total en toda la isla. La estación llegó a esta conclusión después de haber valorado también estos dos escenarios distintos: primero, la autorización del proyecto, lo cual significaba que se continuara con la construcción de los edificios restantes planeados, opción que fue descartada de inmediato debido a la naturaleza ilegal de todo el proyecto, y, segundo, el abandono de los edificios después de desalojar a sus inquilinos, alternativa que tampoco se consideraba óptima, ya que el desgaste de las construcciones podría generar escombros y basura, además de propiciar la ocupación ilegal de las viviendas. Asimismo, con relación a este informe pericial, el TSJEx consideró que se debió haber considerado una tercera vía alternativa intermedia entre las anteriormente mencionadas, es decir, una que explorara la viabilidad de mantener las edificaciones ya construidas y la «adopción de medidas suficientes y eficaces para paliar los perjuicios...».

Como se puede observar, el desarrollo de este proceso judicial sienta un importante precedente, ya que manifiesta el potencial que tienen las medidas compensatorias para actuar como atenuantes del daño no sólo cuando son aplicadas desde una perspectiva preventiva, sino también desde la de responsabilidad. Al considerar el daño como inevitable, no basándose en que se encuentra justificado debido a los beneficios que aporta un proyecto, sino debido a que su reparación total es imposible, se cumple el requerimiento esencial de utilizar las acciones compensativas sólo en última instancia, por lo cual, la proposición de estas medidas, en esta situación concreta, no entraría en conflicto con la jerarquía de mitigación. A diferencia de, por ejemplo, si

(52) *Ibid.* p. 16.

solo se hubiera propuesto el crear nuevas hectáreas de bosque sin fortalecer las medidas de protección ambiental ya existentes o de demoler los edificios aún no construidos.

En un caso como el de la Isla de Valdecañas, en donde, ante la decisión de un tribunal sobre declarar como materialmente imposible el ejecutar una sentencia restaurativa en su totalidad, ya que financiar dicha ejecución supondría una tarea muy difícil para la administración extremeña, la compensación de los impactos, utilizada en conjunto con otras medidas primarias (como la demolición de las construcciones), resulta la alternativa que mejor se perfila para aminorar los daños en el entorno ambiental. La creación de nuevas hectáreas de bosque mediterráneo en toda la isla, así como reforzar las acciones propuestas en la declaración ambiental para paliar los impactos de la urbanización, pudieran transformar una situación ambiental muy grave a una que supone un panorama no tan sombrío. Esta no es una cuestión de conformismo jurídico o de relajar las medidas de protección ecológica, sino de perseguir el mejor resultado con las herramientas disponibles y procurar que sirva de lección para prevenir más casos como este en el futuro.

VI. PRINCIPALES SIMILITUDES Y DISCREPANCIAS ENTRE LOS RÉGIMENES DE COMPENSACIÓN DE IMPACTOS MEXICANO Y ESPAÑOL

Después de analizar el enfoque de la compensación desde la perspectiva de ambos sistemas jurídicos, se encontró que ambos comparten bastantes similitudes. Este análogo modo de comprender las medidas compensatorias está fuertemente presente en ambos cuerpos normativos, sin embargo, a pesar de este alto grado de semejanza legislativa, en lo que respecta a la aplicación del enfoque, nos encontramos ante dos panoramas muy distintos.

La legislación española introduce el concepto de compensación de impactos ambientales en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, 10 años antes que México incorporara el concepto en la reforma de la Ley de Equilibrio Ecológico de 1996. A partir de este punto, su evolución normativa es similar: pasan de ser mencionadas vagamente como un requerimiento general a incluir en los informes ambientales en el proceso de evaluación de impactos, a ser un complemento esencial de las medidas de reparación primaria.

La principal cuestión en común que tienen los dos sistemas es que, su primordial objetivo es el hacer frente a los impactos residuales o irreparables producto de la materialización de proyectos de desarrollo y, su mayor campo de desempeño es en el proceso de evaluación ambiental. Sin embargo, en ambos marcos normativos también se observa la posibilidad de hacer uso de la herramienta en el ámbito de la responsabilidad ambiental.

La cuestión sobre el compensar los daños en lugares distintos al del impacto es otra cuestión en donde coinciden ambas perspectivas, ya que no restringen la compensación sólo a lugares adyacentes a la zona del daño en cuestión. De hecho, los extractos de las leyes en donde se menciona esto son extremadamente parecidos: la LRMA (ES) establece que «...el lugar alternativo deberá estar vinculado geográficamente al lugar dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población dañada», mientras que, la LFRA (MX) dispone que «... las acciones se llevarán a cabo en un lugar alternativo, vinculado ecológica y geográficamente al sitio dañado y en beneficio de la comunidad afectada».

Del mismo modo, en los marcos normativos se contempla que, al momento de dictar el uso de medidas compensatorias, sean utilizados los criterios de recurso-recurso y servicio-servicio. Es decir, que se le dará preferencia a aquellas medidas que generen beneficios en los mismos recursos naturales que los que fueron dañados o que proporcionen el mismo servicio ambiental. Sin embargo, las leyes españolas sí son claras al momento de determinar que, de no ser esto posible, se procederá a compensar lo más cercano posible al recurso o servicio dañado, mientras que, en las leyes mexicanas se presenta una mayor incertidumbre en relación a estas situaciones, ya que no se encontró ninguna mención sobre compensaciones *ex natura*.

Además, parece existir un cierto grado de ambigüedad normativa en la terminología empleada para referirse a estas medidas en los dos sistemas: en México no hay una clara distinción en las leyes entre medidas de compensación y medidas de mitigación. Lo cual no sucede en España, en donde las principales leyes ambientales sí hacen referencia por separado a las medidas restaurativas, preventivas y compensativas. Pero, en el marco normativo español sí existe una ambigüedad legal en lo que se refiere a medidas complementarias y compensatorias. En ambos panoramas puede suscitarse un problema a la hora de interpretar las leyes para definir cuál sería la manera idónea de proceder en caso de presentarse un impacto ambiental irreparable o residual.

Sin embargo, aunque es evidente que los dos sistemas jurídicos tienen unos enfoques extremadamente similares en cuanto a la aplicación de las medidas de compensación ambiental, también es cierto que presentan una serie de discrepancias que deben mencionarse.

A nuestro juicio, la más relevante de ellas es la siguiente: en las leyes ambientales mexicanas no se encontró referencia a un vínculo entre compensación ambiental y la opción de aprobar un proyecto evaluado negativamente debido a razones imperiosas de interés público. La ausencia de este concepto elevaría el riesgo sobre un posible uso discrecional de la procedencia de medidas compensatorias en México.

Por otra parte, resulta algo curioso que la compensación se encuentre más extendida, jurídicamente hablando, en España, ya que sus leyes ahon-

dan más en sus conceptos, alcances, ámbito de aplicación, etc., pero, en el caso de México, aunque con un marco normativo más reducido en el ámbito conceptual, se contemplan más herramientas de compensación que en su contraparte española, las cuales se encuentran bien establecidas y actualmente en funciones. En el panorama español aún se está explorando el uso de los bancos de conservación, y el mercado de emisiones de carbono está en sus primeras etapas, mientras que, en México ya se encuentra muy extendido el uso de la compensación por cambio de uso de suelo desde el año 2005 y el cuidado de la integridad ambiental es apoyado por otros instrumentos como el cobro por aprovechamiento silvestre o de áreas naturales protegidas.

Otra diferencia importante que nos gustaría destacar es la cuestión de que no existe un órgano internacional que pudiera obligar o, en su caso, ayudar resolviendo consultas a México en cuestiones relacionadas a la compensación ambiental, como sería la Comisión y tribunales de la UE en el caso de España. Aunque México si forma parte de asociaciones internacionales como es la Organización de Estados Americanos (OEA) y estas pueden emitir recomendaciones a sus integrantes, estas no son jurídicamente vinculantes, a diferencia de como sucede para los estados miembros de la Unión Europea. También, la jurisprudencia comunitaria emitida por los tribunales de la UE es invaluable al momento de disipar interrogantes surgidas en torno a la aplicación de alguna Directiva o ley nacional. Es por esto que estimamos que el régimen español de compensación cuenta con una instancia extra de seguridad jurídica al momento de implementar medidas de compensación, aún a pesar de que el uso de herramientas específicas no se encuentre tan desarrollado como en México.

VII. POSIBLES COMPLEMENTOS ENTRE AMBOS SISTEMAS

Por otra parte, consideramos muy importante señalar una serie de características que ambos regímenes pudieran adoptar del otro para así elevar las posibilidades de implementar de una manera correcta las medidas de compensación, lo cual resultaría benéfico en ambos casos, ya que se reforzaría su actual marco normativo en cuestiones compensativas.

Es necesario que se expanda el marco jurídico mexicano en relación a la compensación de impactos, y pudiera adoptar de su contraparte española varias cuestiones fundamentales. Una de estas sería el especificar que las medidas compensatorias son subsidiarias de las medidas de reparación primaria y que su procedencia solo puede darse en última instancia, ya que, como se encuentra legislado actualmente, se pudiera malinterpretar que la compensación podría ser utilizada en manera sustitutoria de la reparación o mitigación de impactos. También, se debe hacer una correcta distinción entre medidas de mitigación y compensación, lo cual ayudaría a disipar las posibles

ambigüedades legales que pudieran suscitarse al momento de plantearse el uso de dicha herramienta. Asimismo, la ley ambiental mexicana debe dejar en claro que es posible realizar una compensación *ex natura*, aunque sólo en los casos donde no es posible restituir el bien dañado con mejoras de la misma naturaleza.

Pero, la más relevante de estas cuestiones es que, como se observa en la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad de España, resulta absolutamente necesario que en alguna de las leyes ambientales mexicanas se incluya una referencia a las razones imperiosas de interés público como justificación para el desarrollo de proyectos que han resultado evaluados en sentido negativo y, además, que se señale el requerimiento de medidas de compensación para todos aquellos impactos residuales que persisten después de aplicadas las medidas primarias. Con esto se estaría brindando una mayor seguridad jurídica, no sólo a la compensación ambiental, sino también a la evaluación de impactos, al establecer que no se puede aprobar un proyecto no sustentable sin justificar contundentemente su necesidad debido al desarrollo socioeconómico que trae consigo.

Por otra parte, el sistema español también podría verse beneficiado al emular una serie de cuestiones presentes en el panorama mexicano, como sería el adoptar un uso más extendido de las medidas de compensación. El marco normativo español de protección ambiental pudiera plantearse el poner a prueba una herramienta compensatoria un poco menos compleja que los bancos de conservación o el sistema de comercio de emisiones, que no requiera para su funcionamiento un mercado secundario ni la fuerte participación de la iniciativa privada, como podría ser la compensación por cambio de uso de suelos forestales. Al incluir otra medida compensatoria en su cuerpo jurídico, el número de opciones con las cuales hacer frente a los impactos ambientales se expandiría, además, de mostrarse favorables los resultados de su aplicación, proveería un incentivo para la incorporación de otras figuras, como el cobro del derecho de aprovechamiento extractivo de vida silvestre.

De igual modo, la administración española podría emular la manera en que su contraparte mexicana está introduciendo nuevas herramientas a su sistema de protección ambiental. La creación de un programa piloto del sistema de comercio de emisiones con un respaldo normativo como el «Acuerdo por el cual se establecen las bases preliminares...», donde se detalla el modo de funcionamiento de la herramienta, las metas del programa y los intervalos de tiempo en los cuales debe exponer sus principales resultados, ayudarían de gran manera en las primeras etapas de implementación de herramientas como los bancos de conservación, la cual actualmente presenta varias incertidumbres en relación a las experiencias piloto o sus resultados.

VIII. LA APLICACIÓN DISCRECIONAL DE LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS: EL AMBIGUO CONCEPTO DE «RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS PÚBLICO»

Sin embargo, aunque consideramos favorable que se expanda el uso de la compensación ambiental para frenar el deterioro que causan los impactos negativos al ambiente, tanto evaluados como imprevistos, debemos hacer referencia una vez más al uso incorrecto de estas medidas. El concepto «debido a razones imperiosas de interés público de primer orden» resulta un concepto jurídico indeterminado, por lo que pudiera ser interpretado de una manera bastante amplia.

1. En España y en la Unión Europea

La Directiva de hábitats menciona como ejemplos de estas razones sólo a aquellas relacionadas con la salud humana, seguridad pública o a «relativas consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente...» (53). Pero el documento orientativo sobre el artículo 4 de la Directiva de Hábitats sí ahonda un poco más en el asunto, exponiendo que cuando las administraciones públicas opten por autorizar impactos aludiendo a estas razones, se deberán atender a dos consideraciones: el interés público deberá ser de primer orden, es decir, de gran importancia, y, este deberá ser a largo plazo, aclarando el documento que los intereses económicos a corto plazo no pueden estar por encima de los objetivos de conservación de la Directiva.

En el mismo documento se enumera una serie de ejemplos de proyectos aprobados por la Comisión en virtud del artículo 4 de la Directiva, entre los cuales destacan los siguientes: la construcción de una autopista, aludiendo a la necesidad de construir vías de comunicación para facilitar la circulación de los ciudadanos, un plan de desarrollo de un complejo portuario fluvial en Rotterdam, Países Bajos, en donde, además del beneficio económico del incrementado flujo de comercio, se señaló como causa de interés público que, optar por el transporte acuático de mercancías en vez de por carreteras, reduce las «emisiones de gases de efecto invernadero, la contaminación atmosférica y la congestión del tráfico», y, el proyecto del Embalse de la Breña II en Córdoba, España, donde se consideró el interés público de primer orden el garantizar el suministro de agua a las poblaciones para su consumo humano, para el riego, la industria, etc.

Esta cuestión es reiterada por la jurisprudencia europea, como se observa en la Sentencia de 29 de julio de 2019 del Tribunal de Justicia Europea relativa

(53) Artículo sexto, apartado cuarto, segundo párrafo.

al Asunto C-411/17: en Bélgica, se trataba de reiniciar las actividades de una planta de energía nuclear, a pesar de que en la Ley 31 de enero de 2003 se establecía un calendario para el abandono gradual de la energía nuclear en todo el país. El TJUE declaró que, por medio de la interpretación del artículo 4, apartado 6, de la Directiva de Hábitats, «el objetivo de garantizar en todo momento la seguridad del suministro de electricidad de un Estado miembro, constituye una razón imperiosa de interés público de primer orden» (54).

En relación con esto, la interpretación de los tribunales de la UE también señala que es un requisito indispensable para poder considerar desarrollar un proyecto, aun a pesar de su desfavorable evaluación ambiental, que se estudie y compruebe que no existen otras alternativas menos dañinas para su desarrollo. Como se presenta en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-411/19, en donde el Consejo de Ministros y la Administración pública italiana decidieron aprobar un proyecto de construcción de una autovía, aludiendo a estas razones imperiosas, ya que su evaluación ambiental resultó desfavorable. Sin embargo, ya existía un proyecto preliminar de dicha obra cuyo resultado había sido declarado ambientalmente favorable, pero que había sido descartado debido a su alto costo, por lo que se decidió modificarlo y presentarlo de nuevo. El TJUE declaró que era en contra de la normativa de la Unión el aprobar un proyecto aludiendo a razones imperiosas de interés público si existían modos alternativos de desarrollo que resultaran en menores impactos al medio ambiente (55).

Por la parte del marco jurídico nacional español, como ya se mencionó anteriormente, esta cuestión se encuentra presente en la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad, la cual señala que sólo se podrá concurrir a razones imperiosas de interés público de primer orden dependiendo de cada caso en particular y únicamente mediante una ley o acuerdo del consejo de ministros u órgano gubernamental de una comunidad autónoma. Sin embargo, tampoco se provee una definición general de este concepto, ni un listado de las situaciones más comunes en donde se pudiera considerar aludir a estas razones, solamente menciona (al igual que la Directiva 92/43/CEE), que, cuando se trate de hábitats prioritarios o de proyectos que afectarán especies consideradas

(54) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 29 de julio de 2019 (Gan Sala) en el asunto C-411/17, Inter-Environnement Wallonie ASBL y Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL/Conseil des ministres. Disponible en: <https://cdeuv.es/documentos/menu-juris/item/20322-sentencia-del-tribunal-de-justicia-asunto-c-411-17-inter-environnement-wallonie-asbl-y-bond-beter-leefmilieu-vlaanderen-asbl-conseil-des-ministres-de-29-de-julio-de-2019.html>.

(55) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 16 de julio de 2020 (Sala Sexta) en el asunto C-411/19, WWF Italia Onlus y otros contra Presidenza del Consiglio dei Ministri y Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-411/19&language=ES>

como tal, los únicos supuestos en los cuales se podrían invocar estas razones son las relacionadas con: la seguridad pública, la salud humana, las que sean consideradas de primordial importancia para el medio ambiente, y otras, bajo consulta previa a la Comisión Europea.

Existen pocas constancias de la interpretación de este ambiguo concepto jurídico por los tribunales españoles (56), como es el caso de la Sentencia 946/2008, de 1 de julio, del TSJ de la Comunidad Madrid, en la que se resolvió que la materia de seguridad vial no podría considerarse como una razón imperiosa de interés público, y la STJUE de 16 de julio de 1996, donde también excluye de ser razones imperiosas a las cuestiones de materia laboral.

Asimismo, las decisiones de calificar a un proyecto como necesario aludiendo a las razones de interés público deben argumentarse de una manera contundente. Como deja en evidencia la anteriormente mencionada sentencia 617/2015 del TSJ de Castilla-La Mancha, donde, a juicio del tribunal, la administración no acreditaba dichas razones, puesto que, en el informe recurrido, solo se hizo una referencia general a que la autovía en cuestión ayudaría a aligerar el tráfico de otra vía que se consideraba saturada de tránsito vehicular. En palabras del tribunal: «Se trata de justificaciones que sin gran esfuerzo argumental se pueden desterrar como afines a los intereses generales o públicos superiores de primer orden exigidos legalmente como sustrato sustentador o que puedan avalar la bondad y viabilidad de proyecto en este caso perjudicial para la fauna protegida» (57).

Según parece, en los casos en los cuales se involucren grandes obras de infraestructura orientadas a proveer servicios básicos no existirá mucho espacio a duda, ya que es difícil negar las aportaciones sociales que trae consigo la construcción de un embalse o una autovía (58), siempre y cuando estos se acrediten de una manera correcta. Pero, ¿qué sucede en aquellos proyectos que no tienen un impacto directo en grandes sectores de la sociedad? ¿Podrían considerarse razones imperiosas de interés público de primer orden los empleos y la derrama económica aportados por la construcción de un complejo turístico en una playa cercana a un área natural protegida?

(56) CONDE ANTEQUERA, J. (2014) «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva forma de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?». *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre, número especial 99-100. País Vasco, p. 995.

(57) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA. Sentencia 20196/2015 (Sala de lo contencioso administrativo) de 27 de febrero de 2015. ROJ: STSJ CLM 617/2015 – ECLI:ES:TSJCLM:2015:617.

(58) Aunque las razones de interés público de primer orden pudieran ser claras, esto no exime a la administración de hacer una correcta valoración de los daños, además de la manera en que se realizará el proyecto y las medidas de prevención, reparación y compensación de los impactos.

Pareciera ser que esta decisión tan importante es relegada a una decisión discrecional del órgano administrativo encargado de otorgar la autorización ambiental. Sin embargo, se deben valorar muchos factores antes de tomar esta decisión, como es la magnitud del daño, el estado de conservación del área en donde va a influir, las medidas de reducción y compensación de los impactos, y, por supuesto, los beneficios socioeconómicos que supondría el proyecto. Sólo tomando como base un correcto análisis de las circunstancias concretas del proyecto, plan o programa a autorizar, el órgano administrativo puede llegar a la decisión correcta. Y, aun así, es vital la participación y vigilancia de la población para asegurarse de que los intereses económicos no entren en conflicto con la integridad del medio ambiente.

Por otra parte, existe una herramienta que pudiera emularse para brindar de un poco más de seguridad jurídica a esta cuestión: el Proyecto de Actuación (PdA). Relacionado con el derecho urbanístico, este mecanismo es utilizado para aprobar edificaciones, obras o construcciones consideradas Actuaciones de Interés Público mediante una Declaración de Interés Autónomo (59). La Ley 7/2021 de 1 de diciembre, de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, establece que dicho Proyecto deberá justificar la incidencia territorial y ambiental de las edificaciones, además de la ubicación en donde pretenden realizarse.

Este mecanismo, adaptado para fundamentar la concurrencia de las razones imperiosas de interés público de primer orden, pudiera contribuir en gran manera a disipar un poco la incertidumbre en la cuestión sobre una posible decisión discrecional por parte de la administración, ya que proveería un instrumento jurídico mediante el cual respaldar dicha decisión, o sobre el cual se pudieran señalar deficiencias. Esta cuestión se observa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2015, en la cual se estima un recurso en contra de un Proyecto de Actuación relativo a la construcción de un complejo comercial en terreno no urbanizable. El TSJ basa esta estimación en que, después de analizar el PdA, no fue considerado suficiente para comprobar la utilidad pública de las actuaciones: «en efecto, es imperiosa la necesidad de demostrar de manera plena el impacto económico y social de la actividad, sin que la mera invocación de la creación de puestos de trabajo, o de la repercusión económica, o de la hipotética venta en el establecimiento de los productos locales, integren esa prueba seria y exhaustiva...» (60).

(59) Ley 7/2021 de 1 de diciembre, de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, artículo 51 y 52.

(60) Señala LÓPEZ PÉREZ, F. (2015) la práctica común en el urbanismo español de los años setenta y ochenta, que, aludiendo al progreso y economía, se autorizaran actividades industriales en suelos designados como no urbanizables, cuya justificación de ser actividades

Pero, aunque el Proyecto de Actuación pudiera resultar una buena herramienta mediante la cual justificar el interés público de un proyecto, también es cierto que dista mucho de ser infalible, ya que, como argumenta VERA JURADO (2015) (61), al igual que se observa en alusión a las razones imperiosas, existe una incertidumbre jurídica respecto al posible «control y límites» de la figura de Declaración de Interés Autonómico, lo cual ha creado conflictos en los que se necesita la intervención del Tribunal Superior y el Tribunal Constitucional.

El autor expone que el TS ha estimado en varios casos que en la «motivación técnica» de la declaración de interés resulta insuficiente o inadecuada. Como deja en evidencia la sentencia de 29 de enero de 2014, relativa a la construcción de un complejo turístico en una ZEPA y un cuerpo hídrico (considerado LIC) situados en Extremadura, donde el tribunal resolvió la anulación del proyecto basándose en que la justificación de la declaración no era suficiente para lograr la autorización de edificar en terrenos de especial protección medioambiental.

De igual manera, el autor destaca que, además de las repercusiones ambientales que pudiera tener un uso incorrecto de la figura de declaración de interés autonómico, también existen ocasiones en donde esta vulnera los derechos competenciales de los municipios, puesto que las priva de tener la última decisión y las relega solo a un rol secundario participativo en las consultas. El Tribunal Constitucional trata esta cuestión en la sentencia 27/2015 de 18 de marzo, la cual declara nulo e inconstitucional el Plan de Ordenación del Litoral aprobado en Cantabria, ya que, a juicio del tribunal, no se pudo acreditar que dicho plan constituyera un interés supramunicipal.

2. En México

Por la parte del sistema jurídico mexicano, no se encontró en las principales leyes ambientales alguna referencia directa sobre la facultad de la administración de poder autorizar un proyecto o plan aún a pesar de su evaluación negativa recurriendo a las causas imperiosas de interés público. La única breve referencia similar a esta cuestión se encuentra en el artículo 2 de la LGEEPA, que contiene un listado de acciones que se consideran de «utilidad pública», como son el ordenamiento ecológico del territorio mexicano, el establecimiento, protección y preservación de zonas naturales protegidas,

de interés público eran «...de escasa extensión e enjundia jurídica, limitándose a incluir referencias genéricas a la creación de empleo...». Por lo que considera como atrevida a la sentencia referenciada, ya que solicita una justificación exhaustiva y rigurosa de esta cuestión.

(61) VERA JURADO, D. J. (2021). «Las actuaciones de interés autonómico: cara y cruz de un instrumento polémico». *Revista general de derecho administrativo*. Número 56. ISSN-e 1696-9650. España.

la «formulación y ejecución» de aquellas acciones orientadas a proteger y preservar la biodiversidad, y el ejercicio de acciones de mitigación para el cambio climático.

De igual manera, en leyes sectoriales podemos encontrar más referencias a este concepto de utilidad pública, como es el caso de la Ley de Expropiación, cuyo artículo primero establece una serie de cuestiones que son consideradas como «causas de utilidad pública», de entre las cuales destacan: la provisión de servicios públicos, la construcción de vías de comunicación, la construcción de obras de infraestructura pública, la conservación de bienes arqueológicos, artísticos y lugares de belleza panorámica o cultural, la «satisfacción de necesidades colectivas» en los casos de guerra o desastres ambientales, la «defensa, conservación, explotación, desarrollo o aprovechamiento» de los recursos naturales, entre otras. También, en su artículo 2, dicha ley establece que, en los casos donde se pretenda realizar una expropiación, la Secretaría de Estado debe emitir una declaratoria de utilidad pública en donde se acreditará dicha causa «con base en los análisis técnicos correspondientes», y será publicada en el Diario Oficial de la Federación.

Aunque estas causas de utilidad pública se mencionan para aquellas situaciones en donde se haya que justificar alguna expropiación, podría proveer un punto de referencia al legislador para poder lograr una mejor decisión en las situaciones relacionadas a la autorización de proyectos que hayan resultado evaluados negativamente pero son considerados necesarios, ya que, al existir un precedente sobre un listado de cuestiones consideradas como de utilidad pública, se reduce la probabilidad de una posible decisión que carezca de fundamento.

Por otra parte, como señala OCHOA HUERTA (2007: p.133) (62), la doctrina mexicana se ha pronunciado en este aspecto y nos provee una definición de interés público: «el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa del Estado». Esto reafirma la noción de que, difícilmente los proyectos en donde los beneficios solo los obtiene un reducido número de personas y que, en muchas ocasiones producen impactos significativos en el entorno ambiental, puedan ser considerados de interés público. Como, por ejemplo, la construcción de complejos turísticos en zonas que presentan altos niveles de biodiversidad, que, aunque es un hecho que proporcionan oferta laboral, difícilmente esto justificará los altos índices de impactos ambientales que por lo general acompañan a esta clase de proyectos.

(62) OCHOA HUERTA, C. (2007). «El Concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional». En: en CISNEROS FARIAS, G., FERNÁNDEZ RUIZ, J. y LÓPEZ OLIVERA, M. A. (ed.). «Seguridad Pública: segundo congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo». Universidad Nacional Autónoma de México. P. 133.

Adicionalmente, en el artículo 35, fracción II, de la LGEEPA se plantea la anteriormente mencionada posibilidad de que la Secretaría autorice una obra en manera condicionada. Este precepto legal podría interpretarse como la posibilidad para que la SEMARNAT considere autorizar un proyecto debido a los beneficios al desarrollo social que supone su realización. Sin embargo, el artículo también deja en claro que esta autorización condicionada solo podrá efectuarse si antes se cumplen las condiciones que este órgano considere adecuadas: es decir, la implementación de medidas de mitigación de los impactos y las correspondientes medidas compensatorias. Del mismo modo, en el reglamento de la LGEEPA en materia de evaluación, artículo 13, fracción VII, se estipula que la manifestación de impacto ambiental debe incluir «Pronósticos ambientales regionales, y, en su caso, evaluación de alternativas».

Entonces resulta evidente que, la mayoría de supuestos en torno a una correcta autorización aludiendo a razones de utilidad pública se encuentran en las leyes mexicanas. Sin embargo, aunque esto reduce el margen de una posible decisión discrecional por parte de la administración, es imperativo que se introduzca en la normativa mexicana una referencia directa a estas autorizaciones justificadas, acompañada de un listado de los requisitos para poder considerar el desarrollo de un proyecto valorado como ambientalmente desfavorable. Sólo de esta manera se pudiera reducir en el mayor grado la incertidumbre que rodea a esta importante cuestión.

IX. CONCLUSIONES

Un uso extendido de las medidas de compensación pudiera ayudar de gran manera a reducir aquellos impactos ambientales aparejados a los proyectos de desarrollo socioeconómico, debido a que aportaría un nivel extra de seguridad a los enfoques preventivo y de responsabilidad. Al utilizarse conjuntamente con la evaluación de impactos o la responsabilidad ambiental, las medidas compensatorias podrían asegurarse de que aquellos daños residuales, para los que con anterioridad no se tenía una respuesta, sean atendidos de una manera correcta, evitándose así una acumulación de impactos residuales en el ambiente.

Además, la implementación de estas medidas supondría otra serie de beneficios, como una reducción de los tiempos administrativos en el proceso de la evaluación de proyectos, lo cual se traduciría en un aligeramiento de carga para la administración pública, quien podría canalizar sus recursos en otras cuestiones de protección ecológica, como la vigilancia del cumplimiento de la normativa ambiental. Del mismo modo, podrían reconsiderarse aquellos proyectos que aportarían beneficios socioeconómicos, pero que fueron descartados debido a su elevado grado de impacto ambiental; haciendo uso de

las medidas de compensación, se pudiera aumentar de gran modo el nivel de sustentabilidad estas obras, lo cual merecería una revaloración de su posible autorización.

Sin embargo, también es cierto que el uso de la compensación debería ser abordado con la máxima precaución, ya que un uso incorrecto o discrecional de estas medidas podría traer consecuencias perniciosas para el medio ambiente. Es imperativo que se siga *ad litteram* la jerarquía de mitigación, ya que es la piedra angular sobre la cual descansa el correcto funcionamiento de esta figura. Del mismo modo, en aquellos casos en donde se invoquen causas imperativas de interés público, estas se deben de justificar de una manera contundente, no solo haciendo una vaga referencia al beneficio económico que trae consigo el proyecto.

El sistema mexicano de compensación ambiental necesita ser expandido para brindar más seguridad jurídica a las múltiples herramientas compensatorias actualmente en uso: es absolutamente necesario que el legislador incorpore una referencia a la jerarquía de mitigación dentro de la actual normativa en materia de compensación, dejando en claro que el uso de estas medidas es complementaria y no sustitutoria de la reparación. También es importante que se especifique como se justificarían las razones imperiosas de interés público, cuando se invoquen estas para aprobar un proyecto. Y, en relación a las compensaciones que se realizan sobre un recurso natural distinto al afectado, la ley mexicana debe aclarar que esto es posible, pero también debe indicar alguna clase de medidas atenuantes para paliar los posibles efectos negativos que pudieran suscitarse, como pudiera ser el elevar la ratio de compensación (3:1, 4:1, etc.).

En el mismo orden de ideas, el legislador español también debe realizar una serie de modificaciones al actual marco jurídico que regula la compensación de impactos, como sería el establecer una clara distinción entre medidas compensatorias y medidas complementarias, para así reducir el grado de riesgo que supone un mal uso de estas figuras. También, se debería valorar un uso más extendido de herramientas compensatorias en España, emulando el modo en que estas son introducidas en México: mediante instrumentos normativos como los acuerdos, donde se detalle cómo se van a implementar las experiencias piloto, cuánto van a durar sus etapas de evaluación y que resultados se esperan obtener, se puede lograr una menos riesgosa introducción de herramientas nuevas de cuidado ecológico.

Para concluir, debemos mencionar que el desarrollo socioeconómico no debe siempre entrar en conflicto con la integridad ecológica: es posible llevar a cabo un desarrollo sustentable, mediante el uso de herramientas como la compensación de impactos ambientales. Sin embargo, cuando exista conflicto o duda sobre un posible daño ambiental o el alcance que pudiera tener este,

siempre se debe dar prioridad a la seguridad ambiental, ya que, por más alto que sea el nivel de beneficios que aporte un proyecto, a largo plazo, la calidad de vida de los habitantes se verá reducida drásticamente si se desarrollan en un entorno ambiental deteriorado.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ICAZA, P., MUÑOZ PIÑA, C., *et. al.* (2008): «Instrumentos territoriales y económicos que favorecen la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad», en: CONABIO (ed.) «Capital Natural de México, Vol. III: Políticas Públicas y Perspectivas de Sustentabilidad». CONABIO. México, pp. 229-258.
- CARRASCO GARCÍA, M. J., *et. al.* (2013): «Evolución de las medidas compensatorias en los procedimientos de evaluación ambiental», *Ingeniería civil*. Número 172. Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas. Madrid, España, pp. 73-80.
- CHEEVER, F. y CAMPBELL-MOHN, C. (2016): «Environmental Law», *Encyclopedia Britannica*. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/environmental-law>.
- COMISIÓN EUROPEA (2007): «Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva sobre hábitats 92/43/CEE. Clarificación de los conceptos de soluciones alternativas, razones imperiosas de interés público de primer orden, medidas compensatorias, coherencia global y Dictamen de la Comisión», Bruselas.
- COMISIÓN NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS (2019): «Cobro de Derechos 2019. Propuesta», p. 2. México. Disponible en: https://procurament-notices.undp.org/view_file.cfm?doc_id=171626
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD (2019): «Programa de Restauración y Compensación Ambiental», México. Disponible en: <https://www.biodiversidad.gob.mx/conabio/proyectos/programa-de-restauracion-y-compensacion-ambiental>.
- CONDE ANTEQUERA, J. (2014): «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva forma de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre, número especial 99-100.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, en esta REVISTA, Monografía XVI, Zaragoza, pp. 85-114.

- GREENPEACE (2020): «Greenpeace presenta alegaciones contra el hotel de los Genoveses al considerarlo inviable ambientalmente», *Comunicados de prensa*. 30 de junio de 2020. Disponible en: <https://es.greenpeace.org/es/sala-de-prensa/comunicados/greenpeace-presenta-alegaciones-contra-el-hotel-de-los-genoveses-al-considerarlo-inviable-ambientalmente/>.
- JORDANO FRAGA, J. (2005): «La responsabilidad por daños ambientales en el derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental», *Medioambiente & derecho: revista electrónica de derecho ambiental*. Número 12-13, 2005. ISSN-e 1576-3196, p. 13.
- LAZO, B. (2016): «Chapter 7: Mexican Environmental Compensation Scheme for Land—Use Change in Forested Areas», en: *OECD Publishing* (ed.) *Biodiversity Offsets. Effective Design and Implementation*, París, pp. 199-220. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/environment/biodiversity-offsets_9789264222519-en.
- LÓPEZ PÉREZ, F. (2015): «Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, Ponente: Ángel Salas Gallego)», *Actualidad Jurídica Ambiental. Jurisprudencia al día. Andalucía. Autorizaciones y Licencias. Clasificación de Suelos*. 8 de julio. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-andalucia-autorizaciones-y-licencias-clasificacion-de-suelos/>.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. (2020): «Aplicación de la Ley 1/2005. Análisis Global y Sectorial. Año 2020», *Oficina Española de Cambio Climático*, p. 2. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/el-comercio-de-derechos-de-emision-en-espana/evaluacion-y-cumplimiento/>.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. (2020): «Registro de huella de carbono, compensación y proyecto de absorción de dióxido de carbono. Informe anual 2020», *Oficina Española de Cambio Climático*, pp. 24 y 25. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/informea-nual2020_tcm30-526666.pdf.
- MOLA, I., SOPEÑA, A. y DE TORRE, R. (2018) (editores): «Guía Práctica de Restauración Ecológica», *Fundación Biodiversidad del Ministerio para la Transición Ecológica*, p. 14. Madrid. Disponible en <https://ieeb.fundacion-biodiversidad.es/content/guia-practica-de-restauracion-ecologica>.
- SÁNCHEZ, N. (2022) «El Gobierno Andaluz da su visto bueno final para abrir un hotel en el parque de Cabo de Gata», *El País*, 20 de enero de 2022.

Disponible en: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2022-01-20/el-gobierno-andaluz-da-su-visto-bueno-final-para-abrir-un-hotel-en-el-parque-de-cabo-de-gata.html>.

SEMARNAT (2018): «Criterios de evaluación de impacto ambiental», 13 de agosto. Disponible en: <https://www.gob.mx/semarnat/acciones-y-programas/criterios-de-evauacion-de-impacto-ambiental>.

— (2019): «1 Informe de Labores 2018-2019». 1 de septiembre, p. 29. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/489747/1ER_INFORME_DE_LABORES_-_MEDIO_AMBIENTE-.pdf.

— (2020): «2 Informe de Labores 2019-2020». 1 de septiembre, p. 28. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/575593/MEDIO_AMBIENTE_2-INFORME-DE-LABORES__3__compressed.pdf.

TRILLO-FIGUEROA CALVO, J. M., y DORESTE, J. (2014): «Marina Isla de Valdecañas. Un nuevo ejemplo de las dificultades para preservar los espacios naturales ante la barbarie urbanística», *Revista el Ecologista*. Número 81, pp. 32-34.

VERA JURADO, D. J. (2021): «Las actuaciones de interés autonómico: cara y cruz de un instrumento polémico», *Revista general de derecho administrativo*. Número 56. ISSN-e 1696-9650. España.

LOS BANCOS DE HÁBITAT EN COLOMBIA. UNA APUESTA NOVEDOSA

JULIÁN A. PIMIENTO ECHEVERRI

Profesor de la Universidad Externado de Colombia
Abogado de la misma Universidad
Doctor por la Universidad París II

GUSTAVO A. GUERRERO RUIZ

Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios
Abogado de la Universidad Externado de Colombia
y profesor de la misma Universidad

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS BANCOS DE HÁBITAT EN COLOMBIA: 1. Las compensaciones ambientales y la inversión forzosa del 1%: marco constitucional, legal y reglamentario: A) Fundamento constitucional. B) Las compensaciones ambientales en el marco de las licencias y los permisos ambientales. C) La inversión forzosa del 1% para proyectos sujetos a licencia ambiental que utilicen el agua. 2. Creación y soporte normativo de una figura novedosa: los bancos de hábitat. 3. El modelo escogido: A) Los principios que guían su gestión. B) Las condiciones exigidas para la creación de los bancos de hábitat.– III. CLAROSCUROS DE LA REGULACIÓN DE LOS BANCOS HÁBITAT: 1. Un cambio de perspectiva en las herramientas de compensación ambiental. 2. La cuestión de la seguridad jurídica.– IV. CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La implementación de la jerarquía de la mitigación requiere la inversión de recursos que no tiene el Estado. Aparecen, entonces, herramientas propias del derecho ambiental financiero, como la necesidad de garantizar la adecuada gestión de las compensaciones e inversiones ambientales exigidas a los titulares de un proyecto productivo. Una de estas herramientas para responder a esta necesidad es la creación de los bancos de conservación, llamados en Colombia, bancos de hábitat. La apuesta de creación e implementación de los bancos de hábitat es, sin duda, interesante por el atractivo que tiene en términos de rapidez y tangibilidad de resultados de las compensaciones ambientales, sin embargo, se requiere la solución de distintas dificultades inherentes a la propiedad inmobiliaria en Colombia y a la regulación propia del derecho ambiental.

Palabras clave: mitigación; bancos de conservación; medio ambiente; Colombia.

ABSTRACT: *The mitigation hierarchy requires the investment of resources that the State does not have. In this context, tools of financial environmental law appear to guarantee the proper management of compensation and environmental investments required from the industry. One of the tools designed is the creation of conservation banks, called habitat banks in Colombia. The commitment to create and implement conservation banks is, without a doubt, interesting due to its attractiveness in terms of speed and tangibility*

of the results of environmental compensation, however, it requires the solution of different difficulties inherent to real estate in Colombia and the regulation of environmental law.

Key words: mitigation; conservation banks; environment; Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental cada vez se encuentra más permeado por las instituciones financieras. La creciente deforestación y los efectos devastadores del cambio climático, por una parte, y la poca efectividad de las inversiones por compensaciones ambientales, por la otra, han llevado a la apertura de nuevos mercados, a la creación de instrumentos que permitan modernizar los incentivos económicos para la conservación.

En el marco de esta estrategia, se debe decir que, tal y como ocurre a nivel mundial, en Colombia se reconoce la jerarquía de la mitigación, enfocada a que en todo proyecto productivo que pueda generar un impacto ambiental se deban *proponer estrategias, programas y proyectos que propendan por la prevención, mitigación, corrección y compensación de los impactos generados por su ejecución*. En particular, desde 2012, en el derecho colombiano se integraron los principios de no pérdida neta y de integración ecosistémica en el «Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad» (SARMIENTO, 2014, p. 3).

Desde un primer momento se entendió que la implementación de la jerarquía de la mitigación requiere la inversión de recursos que no tiene el Estado. Aparecen, entonces, herramientas propias del derecho ambiental financiero, como la necesidad de garantizar la adecuada gestión de las compensaciones e inversiones ambientales exigidas a los titulares de un proyecto productivo (1). En este marco, se puede señalar que esta cuestión financiera no es, en todo caso, algo nuevo. Alineada con las tendencias mundiales, en Colombia desde hace ya varias décadas se han implantado mecanismos de naturaleza económica y financiera, en particular la inversión forzosa de menos del 1% del valor total de la inversión de todo proyecto productivo que utilice el recurso hídrico y requiera de la obtención de una licencia ambiental.

Sin embargo, a más de 20 años de la implementación de estas cargas financieras, el diagnóstico parece estar ya definido: en primer lugar, se evi-

(1) Así, «bajo esta óptica dichos mecanismos (PSA, bancos de hábitat, acuerdos de conservación) cumplen una doble finalidad: son instrumentos económicos, en la medida en que buscan modificar el comportamiento de los agentes, hacia actividades de conservación, y además son instrumentos financieros, ya que canalizan e implementan recursos para la conservación, preservación y recuperación de cuencas hidrográficas (e, indirectamente, de bosques naturales)» (AMAYA, 2020, p. 335).

dencian pocos resultados en la mitigación de los efectos ambientales causados por la actividad humana que se encuentra en el origen de unas importantes cargas financieras para las empresas; en segundo lugar, se hacen evidentes los altos costos transaccionales inherentes a la imposición de cargas ambientales a quienes no tienen la capacidad o el esquema de negocio enfocado a la realización de ese tipo de inversiones; en tercer lugar, el débil impacto global relacionado con inversiones difusas y desconcentradas derivadas de las compensaciones ambientales, cuya morfología no permite generar un verdadero impacto positivo tangible.

Una de las soluciones que el derecho ambiental financiero ha diseñado para responder a este diagnóstico es la creación de los bancos de conservación, llamados en Colombia, bancos de hábitat. Se trata de mecanismos que la doctrina ha calificado «de fácil y práctico uso» (2), cuyo propósito, como lo afirma LÓPEZ RAMÓN, consiste en «compensar las pérdidas de biodiversidad producidas en un lugar mediante la adquisición de los créditos derivados del incremento de la conservación en otro sitio» (LÓPEZ RAMÓN, 2018, p. 59). O, como lo afirma Carmen DE GUERRERO MANSO, «Mediante este instrumento se revaloriza la biodiversidad, de tal manera que a su apreciación como un activo positivo para la sociedad se añade su consideración como un bien económico susceptible de rentabilización. Dicha consideración supone un incentivo para quienes conservan los ecosistemas o las especies, tanto si son los propietarios de los terrenos y están obligados a ello, como si son empresarios que pretendan hacer de la protección ambiental su negocio» (DE GUERRERO MANSO, 2016, p. 96).

Son, entonces, herramientas financieras llamadas a modernizar las inversiones ambientales. Corresponde, entonces, en este artículo analizar la fundamentación, origen y morfología de los bancos de hábitat, como una promesa de eficiencia de las compensaciones (I). Sin embargo, como todas las figuras financieras ambientales tiene muchos claroscuros y genera dudas en cuanto a su sostenibilidad a largo plazo (II).

II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS BANCOS DE HÁBITAT EN COLOMBIA

Al amparo de una habilitación legal genérica y con un decidido apoyo del Gobierno Nacional, la figura de los bancos de hábitat se ha convertido en

(2) Así, para Angela AMAYA, «se trata de un mecanismo de fácil y práctico uso para quien tiene a su cargo la obligación de compensación ambiental o de inversión forzosa, pues bastará con que identifique el BH más cercano a su proyecto, valide si hay o no cupos disponibles y los negocie con el fin de usar los resultados y beneficios ambientales para realizar las inversiones asociadas a las compensaciones ambientales, o a la inversión forzosa, y lograr así cerrar su obligación rápidamente dejando, además, un legado ambiental en el área de influencia del territorio intervenido» (AMAYA, 2020, p. 337).

una alternativa interesante para la realización de compensaciones ambientales y/o de la inversión del 1% de los proyectos que utilizan el recurso hídrico y requieren de la obtención de licencia ambiental (A), con un soporte normativo novedoso y en permanente evolución (B). Resulta interesante, entonces, analizar el modelo acogido de estructuración de este «negocio ambiental» (C)

1. Las compensaciones ambientales y la inversión forzosa del 1%: marco constitucional, legal y reglamentario

A) Fundamento constitucional

La expedición de la Carta Política de 1991 representó en el país, un importante avance frente al concepto que sobre la gestión ambiental estaba implícito en la actividad de los particulares y del Estado.

El paso de un modelo democrático representativo hacia uno participativo, requirió subrayar las consecuencias que para los particulares implicaba el reconocimiento del derecho a participar en la toma de decisiones públicas en materia ambiental, en especial, las correlativas obligaciones que frente a la gestión ambiental implicaba el derecho de los asociados a participar en la toma de decisiones ambientales.

No obstante que a partir de 1991 los particulares han adquirido una obligación compartida con el Estado frente a la conservación de los recursos naturales renovables, es menester señalar que en la práctica, los asociados aún consideran que la problemática ambiental es una responsabilidad ajena y puramente estatal: se reivindica el goce del derecho a gozar de un ambiente sano y a participar en la toma de decisiones que lo afecten, pero no se considera la correlativa obligación que conlleva ese derecho, en un modelo democrático que le impone al ciudadano deberes frente a lo público, que deja de ser sinónimo de lo estatal, y por ende, responsabilidad conjunta entre Estado y particulares (3).

En efecto, el artículo 8° de la Carta Política establece lo siguiente:

«ART. 8° – Es obligación del Estado *y de las personas* proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación» (cursivas fuera de texto).

A su vez, el artículo 95 de la misma Carta, en tratándose de los deberes de los ciudadanos, reitera el concepto de la responsabilidad de los particulares frente a la gestión del medio ambiente:

(3) LATORRE ESTRADA, E., *Medio Ambiente y Municipio en Colombia*, FESCOL – CEREC, Bogotá, 1994. p. 22.

«ART. 95 – La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

(...)» (cursivas fuera de texto).

De otra parte, no puede obviarse el contenido obligacional del Estado frente a la gestión del medio ambiente y el correlativo derecho que dicha responsabilidad representa para los particulares. El núcleo esencial de las obligaciones públicas en materia ambiental, se encuentra contenido en el artículo 80 de la misma Carta Política, que señala entre otros, el deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; así como su deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

B) Las compensaciones ambientales en el marco de las licencias y los permisos ambientales

La Ley 99 de 1993, creó la licencia ambiental como un instrumento o mecanismo para la evaluación y control integral de aquellas actividades que ocasionan un impacto importante sobre el ambiente, mecanismo definido en el artículo 50 de la Ley como «...la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada».

Por su parte, el artículo 57 de la misma Ley 99 de 1993, se refiere al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) como «...el conjunto de la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el peticionario de una Licencia Ambiental», y agrega que dicho estudio, «...incluirá el diseño de los planes de prevención, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad».

El Decreto 2041 de 2014, incorporado al Decreto 1076 de 2015 (Decreto Único del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible), reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, y define las medidas de compensación como «...las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las

comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos o mitigados» (4), ello supone que las medidas de compensación ambiental, en el marco del licenciamiento ambiental, están orientadas a resarcir tanto a las comunidades como a las localidades por los impactos ambientales negativos que no puedan ser corregidos, mitigados o sustituidos, de tal suerte que solo frente a estos impactos proceden las medidas de compensación, pero no frente a impactos que en el marco de la licencia ambiental o del plan de manejo, puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos.

Por su parte, el artículo 2.2.2.3.5.1 del mismo Decreto 1076 de 2015, al determinar el contenido mínimo de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), precisa que este debe incluir el «Plan de compensación por pérdida de biodiversidad de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1517 del 31 de agosto de 2012 o la que modifique, sustituya o derogue».

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia, adoptó mediante la Resolución 1517 del 31 de agosto de 2012 en entonces denominado «Manual para la Asignación de Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad», aplicable a las afectaciones que causadas al medio biótico por los proyectos, obras y actividades sujetos a licencia ambiental, pero no aplicable a las compensaciones relacionadas con las afectaciones que se causen al medio abiótico y socioeconómico, las cuales tenían que ser establecidas conforme a los lineamientos previstos en la Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales, adoptada por el mismo Ministerio mediante Resolución 1503 de 2010, derogada luego por la Resolución 1402 de 2018, mediante la cual se adopta la metodología actualmente vigente para tales fines.

La Resolución 1517 de 2012, y por ende, el Manual para la Asignación de Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad, fueron sustituidos por la Resolución 256 del 4 de marzo de 2018 (5), a través de la cual se adoptó el Manual de Compensaciones del Componente Biótico, con el fin de establecer lineamientos para las compensaciones del componente biótico para los demás permisos y autorizaciones ambientales, además de las licencias ambientales, y extender el ámbito de aplicación a las demás autoridades ambientales en el país, además de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), es decir, a fin de extender su aplicación para los permisos, concesiones y autorizaciones de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible y las autoridades ambientales urbanas.

(4) Decreto 1076 de 2015 Artículo 2.2.2.3.1.1.

(5) La Resolución 256 de 2018 fue modificada en cuanto a su entrada en vigencia por la Resolución 1428 de 2018.

El ámbito de aplicación del Manual de Compensaciones del Componente Biótico quedó entonces definido no solo para los proyectos, obras y actividades sujetos a licencia ambiental, sino además para los trámites de sustracción temporal o definitiva de un área de reserva forestal de orden nacional o regional, como para el trámite de los permisos de aprovechamiento forestal único (6).

Sobre los aprovechamientos forestales únicos es pertinente mencionar que el artículo 12 del Decreto 1791 de 1996 (también incorporado al Decreto 1076 de 2015), reglamentario del Decreto-Ley 2811 de 1974 en materia de aprovechamientos forestales, señala en su párrafo 2° que «Cuando por razones de utilidad pública se requiera sustraer bosques ubicados en terrenos de dominio público para realizar aprovechamientos forestales únicos, el área afectada deberá ser compensada, como mínimo, por otra de igual cobertura y extensión, en el lugar que determine la entidad administradora del recurso».

En el mismo sentido, el artículo 46 del mismo Decreto establece que «La realización de proyectos, obras o actividades que no requieran de licencia ambiental sino de Plan de Manejo Ambiental e impliquen remoción de bosques, deberán obtener los permisos de aprovechamiento que se requieran y, en todo caso, siempre deberá realizarse como medida de compensación una reforestación de acuerdo con los lineamientos que establezcan las Corporaciones o los Grandes Centros Urbanos competentes».

A su vez, el inciso 2 del artículo 204 de la Ley 1450 de 2011 estableció que «(...) en los casos en que proceda la sustracción de las áreas de reserva forestal, sea esta temporal o definitiva, la autoridad ambiental competente impondrá al interesado en la sustracción, las medidas de compensación, restauración y recuperación a que haya lugar, sin perjuicio de las que sean impuestas en virtud del desarrollo de la actividad que se pretenda desarrollar en el área sustraída. Para el caso de sustracción temporal, las compensaciones se establecerán de acuerdo con el área afectada».

De otra parte, y como lo reconoce la Resolución 256 de 2018, para los casos en que se estime pertinente efectuar la sustracción parcial de la reserva forestal, una vez realizada la evaluación correspondiente, se hace necesario establecer las medidas de compensación correspondientes, dada la pérdida de área de reserva forestal y de servicios ecosistémicos que la misma implica para la Nación.

(6) Según el artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1076 de 2015, los aprovechamientos forestales únicos son «...los que se realizan por una sola vez, en áreas donde con base en estudios técnicos se demuestre mejor aptitud de uso del suelo diferente al forestal o cuando existan razones de utilidad pública e interés social. Los aprovechamientos forestales únicos pueden contener la obligación de dejar limpio el terreno, al término del aprovechamiento, pero no la de renovar o conservar el bosque».

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 2.2.1.1.5.1 del Decreto 1076 de 2015 señala que, cuando por razones de utilidad pública se requiera sustraer bosques ubicados en terrenos de dominio público para realizar aprovechamientos forestales únicos, el área afectada deberá ser compensada, como mínimo, por otra de igual cobertura y extensión, en el lugar que determine la entidad administradora del recurso.

C) La inversión forzosa del 1% para proyectos sujetos a licencia ambiental que utilicen el agua

El párrafo primero del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, mediante el cual se crea este instrumento, establece lo siguiente:

«PARAGRAFO 1°. Todo proyecto que requiera licencia ambiental y que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad, deberá destinar no menos del 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación, conservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El beneficiario de la licencia ambiental deberá invertir estos recursos en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la respectiva cuenca hidrográfica, de acuerdo con la reglamentación vigente en la materia».

La finalidad de este instrumento económico se encuentra en la Carta Política, particularmente en su artículo 8°, enunciado anteriormente en este escrito, y que atribuye una obligación al Estado y a las personas, consistente en proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, mandato que como hemos mencionado también con anterioridad, es reiterado por el artículo 95 de la misma Carta, que en su numeral 8° reconoce como uno de los deberes de los ciudadanos, el de proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Es entonces en este contexto que debe entenderse la carga pública impuesta por el párrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sentencia C-495 de 1996, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, manifestó lo siguiente:

«La inversión forzosa que contiene el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, consistente en destinar el 1% del total de la inversión que ha generado tasas por utilización de aguas, para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, es una carga social que desprende de la función social de la propiedad (art. 58 C.P.). En efecto, no puede ser considerada una obligación tributaria porque no se establece una relación bilateral entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, pues, según el párrafo aludido, es la propia persona la ejecuta las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica, bajo la orientación de la autoridad ambiental, a través de la licencia ambiental del proyecto.

Así mismo, como se señaló anteriormente, *la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano, el cual conlleva un deber correlativo de conservación y preservación de ese ambiente para sí mismo y para los demás.*

Siendo así las cosas, *es constitucionalmente razonable que se imponga un deber social fundado en la función social de la propiedad, tendiente a la protección e integridad del medio ambiente»* (cursivas fuera de texto).

En este mismo sentido, la misma Corte Constitucional, en sentencia C-220 de 2011, manifestó lo siguiente:

«2.8.2.1. De acuerdo con el texto del párrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 en concordancia con el artículo 16 de la Ley 373, y sin tener en cuenta la reglamentación del Decreto 1900 de 2006, los elementos básicos de la carga demandada son los siguientes: (i) El obligado es el propietario de un proyecto que involucra en su ejecución el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales, para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, y que requiere para su desarrollo de licencia ambiental. (ii) La causa de la carga es el uso de agua tomada directamente de una fuente natural. (iii) El valor de la obligación es “no menos del 1% del total de la inversión”. (iv) La base a la que se aplica ese porcentaje es el valor de la inversión. (v) *La forma de cumplimiento es la realización de obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca, de conformidad con el plan de manejo de la cuenca y las instrucciones de la autoridad ambiental respectiva.*

(...)

2.8.3.6. Por último, para la Sala, del texto del párrafo demandado se puede deducir que *la inversión forzosa debe realizarse una sola vez; no es una obligación periódica* como afirma uno de los intervinientes. En efecto, la disposición señala que el obligado debe destinar al menos el 1% del valor de la inversión a la realización de obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca. *El párrafo no indica que ese 1% deba liquidarse periódicamente en la medida que el valor de la inversión cambie o que las obras deban volver a ejecutarse con cierta periodicidad»* (cursiva fuera de texto).

De los apartados trascritos, se pueden concluir algunas características de la inversión forzosa del 1% prevista en el párrafo 1° del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 (7):

(7) Sobre la facultad del ejecutivo para reglamentar la inversión forzosa del 1% y la suficiencia del marco legal previsto en la Ley 99 de 1993, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (M.P. Marco Antonio Velilla), en sentencia del 30 de agosto de 2012, a propósito de una acción de nulidad impetrada contra el entonces Decreto 1900 de 2006 reglamentario del mecanismo, manifestó que «Por resultar pertinente se trae a colación la sentencia C-220 de 2011, que se refirió al párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y a la obligación de destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. En esa oportunidad la Corte señaló como elementos básicos de la

1. Se trata de una carga pública consistente en una inversión cuyo valor no puede ser inferior al 1% del valor total del proyecto sujeto a licencia ambiental, lo que indica que su monto puede ser superior a tal porcentaje del valor del proyecto.
2. No se trata de un tributo, sino de una carga pública, propia de un Estado Social de Derecho fundado en el principio de solidaridad, del que se desprende inherentemente una función social para la propiedad y la iniciativa privada.
3. En tanto la carga pública difiere de un tributo, corresponde al sujeto obligado ejecutar directamente las obras o acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica respectiva, bajo la orientación de la autoridad ambiental, a través de la licencia ambiental del proyecto.

Finalmente sobre este mecanismo, podemos afirmar que los proyectos obligados a realizar la inversión forzosa también están claramente determinados en el reglamento, precisando que debe cumplirse con las siguientes condiciones (artículo 2.2.9.3.1.3. del Decreto 1076 de 2015 modificado por el Decreto 2099 de 2016):

- Que el agua sea tomada directamente de una fuente natural, sea superficial o subterránea: lo cual concuerda con la previsión contenida en el parágrafo segundo de los referidos artículos que establece que los

citada obligación: (i) El obligado que es el propietario de un proyecto que involucra en su ejecución el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales, para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria; (ii) La causa de la carga es el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales; (iii) El monto de la obligación es "no menos del 1% del total de la inversión"; (iv) La base a la que se aplica ese porcentaje es el valor de la inversión; (v) La forma de cumplimiento es la realización de obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca, de conformidad con el plan de manejo de la cuenca y las instrucciones de la autoridad ambiental respectiva. De la lectura del parágrafo del artículo 43 de la ley 99 de 1993 y de la jurisprudencia transcrita se deduce claramente que en el mismo se impone una carga social que se desprende de la función social de la propiedad, en cuyo cumplimiento cumple un papel importante la autoridad ambiental, que es la llamada a definir en la respectiva licencia las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca, que debe realizar el propietario de un proyecto que involucra en su ejecución el uso de agua tomada directamente de fuentes naturales, para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, destinando para ello no menos del 1% del valor total de la inversión. A lo anterior hay que añadir, que habiéndose expresado en el parágrafo del artículo 43 citado una regulación básica el Gobierno quedaba facultado para ejercer la potestad reglamentaria, consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el «propósito de posibilitar la cumplida ejecución de las leyes (incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley), mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos puntuales que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución».

proyectos que tomen agua directamente de la red domiciliaria, haga reúso de aguas servidas o utilicen aguas lluvias no estarán sometidos a esta carga.

- Que el proyecto requiera licencia ambiental: la licencia ambiental se instituye en el principal instrumento de gestión y control del medio ambiente y los recursos naturales, en términos estrictos es una autorización otorgada por el Estado para la ejecución de proyectos, obras o actividades (artículo 2.2.2.3.1.3 del Decreto 1076 de 2015) cuyas características han sido precisadas por la Corte Constitucional (Sentencias C-894 de 2003, C-813 de 2009, C-746 de 2012, entre otras). En definitiva, los proyectos que requieren licencia ambiental están determinados en los artículos 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015.
- Que el proyecto, obra o actividad utilice el agua en su etapa de ejecución, entendiendo por esta, las actividades correspondientes a los procesos de construcción y operación;
- Que el agua tomada se utilice en alguno de los siguientes usos: consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad.

2. Creación y soporte normativo de una figura novedosa: los bancos de hábitat

Si bien, como se indicó, la idea de implementar estrategias financieras para gestionar la jerarquía de mitigación no es novedosa en el derecho nacional, también es cierto que el punto de partida de los bancos de hábitat se puede encontrar formalmente en la Ley 1753 de 2015. En el artículo 174, se estableció que «*las autoridades ambientales implementarán esquemas de pago por servicios ambientales u otros incentivos económicos para la conservación*».

A partir de esta habilitación, su primera definición se encuentra en el Decreto 2009 de 2015, que fue incorporado en el Decreto Único Reglamentario No. 1076 de 2015, del Sector Ambiente. En el 2.2.9.3.1.2 se estableció que los bancos de hábitat «*corresponde a un área en la que se podrán realizar actividades de preservación, restauración, rehabilitación, recuperación, y/o uso sostenible para la conservación de la biodiversidad*». Y, finalmente, como lo establece la Resolución No. 1051 de 2017, son «*áreas privadas o públicas que son administradas por sus altos valores de recursos naturales. En retorno a la protección, manejo y monitoreo permanente del área, el responsable del banco de hábitat podrá establecer acuerdos con terceros titulares de obligaciones ambientales para satisfacer sus requerimientos legales y compensar los impactos ambientales de proyectos de desarrollo*».

Es en la propia parte motiva de la Resolución No. 1051 de 2017, regulatoria de la figura, en la que se definen indirectamente sus principios: «los bancos de hábitat son una oportunidad para la conservación, por cuanto motivan el apalancamiento de recursos económicos debido a que funcionan bajo el esquema de pagos por resultados, en donde se realizan inversiones anticipadas generando resultados en conservación medibles y cuantificables». Se trata, entonces, de «modos de implementar medidas de compensación pero, a su vez, son mecanismos que favorecen la financiación de actividades de conservación» (AMAYA, 2020, p. 335).

Los principios de este modelo son:

1. Se debe resaltar que el de los bancos de hábitat no es un modelo de inversión por parte del obligado a realizar las compensaciones ambientales, pues se trata de un mecanismo que permite la inversión anticipada en proyectos ambientales por parte de terceros, cuyo producto será vendido a los titulares de proyectos productivos obligados a realizar las compensaciones o a invertir al menos el 1% del proyecto.
2. Otro punto de singular relevancia, es que el enfoque no se encuentra en el tipo de inversión, sino en el resultado, pues el titular del proyecto productivo, solo paga si, efectivamente, se dan los resultados esperados por la inversión en materia de beneficios de mitigación ambiental.
3. Finalmente, la equivalencia, pues el negocio se estructura a partir de la idea de equivalencia entre número de hectáreas y cupos. Dentro de esta lógica, cada hectárea de proyecto equivale a un cupo vendido.

El análisis de estos principios arroja una conclusión evidente, más que funcionar bajo el esquema de verdaderos bancos, desde un punto de vista financiero, la figura tiene más en común con el modelo de los Fondos de Inversión, en los que, sin mayor capacidad de decisión directa acerca de los proyectos concretos, los interesados invierten sus recursos a la espera del mejor retorno posible de su inversión. Se centralizan recursos de varios «obligados» y con ellos se realiza una mayor inversión, condensada en un proyecto concreto (8), así mismo se reducen los tiempos entre el impacto y la compensación (AMAYA, 2020, p. 337).

De una manera general, el proyecto se estructura en torno a una idea central quien realiza la inversión directa en el proyecto ambiental no es el titular del proyecto productivo que da lugar a la necesidad de compensar o

(8) Como lo ha señalado el Ministerio de Ambiente, «los bancos de hábitat tienen el potencial de convertirse en una herramienta significativa en el marco de los diversos mecanismos existentes como parte de la Estrategia, en la medida en que permiten el desarrollo de actividades de restauración, rehabilitación, recuperación y conservación de ecosistemas y la implementación de compensaciones agrupadas» (Ministerio de Ambiente, 2018, p. 5).

de invertir al menos el 1% definido por la Ley, pues éste recibe los resultados de una inversión previamente realizada por el titular del banco de hábitat. Como lo señala Carmen DE GUERRERO MANSO, se trata de:

«instrumentos de mercado que permiten la incorporación de financiación privada para fomentar la protección del medio ambiente y, más específicamente, para lograr que no se produzca una pérdida neta de biodiversidad. La incorporación de la inversión privada se lleva a cabo mediante la adquisición de créditos ambientales que se corresponden con los valores creados o mejorados específicamente por terceros (particulares o empresas) en diversos terrenos, con independencia de si se ubican cerca o lejos del lugar donde se va a producir el impacto ambiental negativo. Tras haber creado o mejorado los valores ambientales de un terreno éstos se monetarizan, se incluyen en un banco de conservación, se incorporan a un registro público único, y se introducen en el libre mercado para que puedan comprarse o venderse al precio que se fije en cada caso. No es necesario que la creación o mejora de los valores ambientales sea coetánea a la producción del daño» (DE GUERRERO MANSO, 2016, p. 87).

Este enfoque, tiene, en todo caso, una minucia que vale la pena resaltar, para explicar con claridad el modelo de bancos de hábitat adoptado por el derecho nacional.

3. El modelo escogido

La Resolución No. 1051 de 2017 define las condiciones para poner en marcha los bancos de hábitat, allí se regulan todos los aspectos financieros y administrativos de este mecanismo de inversión de los recursos destinados a la compensación y *otras iniciativas de conservación*.

A) Los principios que guían su gestión

Aunque el Reglamento le denomina condiciones de creación de los bancos de hábitat, las definiciones contenidas en el artículo 3 de la Resolución No. 1051 de 2017 obedecen más a la categoría de principios rectores del mecanismo. En consecuencia, la disposición normativa en cita exige que se garantice: i) la *adicionalidad*, es decir, se debe «demostrar que los resultados de la implementación del banco de hábitat proporciona una nueva contribución a la preservación, recuperación, rehabilitación, y/o restauración, de la biodiversidad producto de su gestión»; ii) la *complementariedad*, como consecuencia de lo cual el banco de hábitat debe estar acorde «con los instrumentos de planificación y gestión ambiental del territorio y con las prioridades de conservación nacionales o regionales»; iii) se debe garantizar la *sostenibilidad y la permanencia*, es decir, los bancos de hábitat deben «contar con condiciones

técnicas, administrativas, financieras y jurídicas que aseguren la permanencia de las actividades de preservación, restauración, y uso sostenible de los ecosistemas y su biodiversidad a mediano y largo plazo».

Así mismo, iv) resulta importante resaltar que los bancos de hábitat se basan en el *pago por desempeño*, pues se trata de un «esquema donde el responsable de un banco de hábitat genera ganancias en conservación medibles y demostrables en términos de cumplimiento de hitos de gestión y de impacto, orientados al mejoramiento en las condiciones de los ecosistemas, la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos contrastada con la línea base de referencia, cuyos resultados de desempeño determinan las condiciones del acuerdo entre el banco de hábitat y un tercero y/o el titular de las obligaciones ambientales». Finalmente, v) se busca que con estos proyectos se genere una adecuada *Gestión de conocimiento*, es decir que a través de este mecanismo se recaudará «información en materia de biodiversidad al Sistema Nacional de Biodiversidad (SIB) Colombia como parte del Sistema de Información Ambiental de Colombia (SIAC) según la reglamentación que regule la materia».

Este primer punto, relativo a los principios de la gestión o *condiciones de creación* que se trata realmente de la integración de un nuevo actor en las obligaciones derivadas de las compensaciones ambientales y en todo tipo de inversiones de carácter ambiental, con una lógica negocial. Como lo ha señalado Fernando LÓPEZ RAMÓN, los bancos de hábitat «hacen entrar en juego a variados actores: el promotor del banco, el titular del terreno, la entidad de acreditación, el adquirente del crédito y la Administración» (LÓPEZ RAMÓN, 2018, p. 58). En este sentido, se debe resaltar que el propósito principal consiste, como se explicó, en atraer inversionistas para garantizar la mejor relación costo-beneficio en las inversiones derivadas de las compensaciones y de otras cargas ambientales. En consecuencia, el actor principal de la regulación de bancos hábitat es su promotor, aunque ella se complementa con la general de las compensaciones ambientales; desde esta perspectiva, el enfoque de la Resolución tiene que ver con las características exigidas al promotor.

B) Las condiciones exigidas para la creación de los bancos de hábitat

La reglamentación aborda los aspectos más importantes del mecanismo pues funciona en tres niveles de análisis: el técnico, el predial y el ambiental propiamente dicho. En todo caso, el aspecto central consiste en el Registro ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, solicitud que deberá ser resuelta en los 30 días siguientes a su presentación, para el cual se exigen el cumplimiento de unos requisitos, entre los cuales se encuentran:

- Aspectos prediales: localización, extensión y características generales de los predios incluyendo el número de hectáreas, delimitación

del polígono, certificado de libertad y tradición de los inmuebles. Un aspecto de capital importancia

- Aspectos ambientales: justificación de la idoneidad del área para el logro de los resultados esperados en *biodiversidad, regulación hídrica, entre otros, así como en términos de complementariedad y adicionalidad*; la caracterización y línea base de los componentes físicos y bióticos y, en el caso de ecosistemas se debe tener en cuenta el mapa de ecosistemas de Colombia MADS-IDEAM 2015; la descripción de los objetivos de conservación esperados del área del banco de hábitat, incluyendo el «número de hectáreas por tipo de ecosistema para acciones de restauración, conservación y uso sostenible»; un Plan de trabajo de actividades, resultados y duración, así como un plan de monitoreo detallado y los mecanismos de recaudo y análisis de la información.
- Aspectos jurídicos: El artículo 4 exige que se describa la *figura jurídica a través de la cual se autoriza el uso y usufructo del bien inmueble (contrato de usufructo, arrendamiento, comodato, fiducia de parqueo, entre otros) en donde se establecerá el banco de hábitat.*
- Aspectos financieros: Descripción de los aspectos necesarios para la operación del banco de hábitat, los cuales, de manera general, pueden provenir de inversiones del sector público o privado, de cooperación internacional, de la inversión forzosa de no menos del 1% de los proyectos objeto de licenciamiento ambiental y/o de compensaciones ambientales de licencias, permisos, concesiones, y demás autorizaciones ambientales.

En este contexto, vale la pena resaltar que con el registro del proyecto puede comenzar a operar el banco de hábitat y el promotor puede ejecutar los recursos destinados para desarrollar las actividades definidas en el Plan de Trabajo. Si bien la Resolución no regula los aspectos relativos a la ejecución y puesta en marcha del proyecto, sí establece con claridad el seguimiento y la periodicidad de la entrega de la información, la cual varía según el origen de los recursos.

La estructura general de la Resolución puede verse de la siguiente manera:



Ahora bien, el modelo financiero es relativamente sencillo una hectárea corresponde a un cupo. Ese cupo se vende a la empresa que tenga la carga de realizar la compensación ambiental o la inversión correspondiente y, con ese cupo, cumple su obligación. El cupo solo se vende una vez durante la vida productiva del banco, independientemente de la duración del proyecto productivo de quien lo adquiere. En efecto, «de esta forma se implementa un mecanismo que básicamente es una venta de créditos a los generadores de impactos negativos bajo el principio de equivalencia ecológica, el cual transfiere la responsabilidad de realizar las medidas de compensación al banco que aplique según el ecosistema o especies que afecte, el tiempo que se debe realizar la compensación será a perpetuidad» (ARIZA & MORENO, 2017, p. 34) (9).

III. CLAROSCUROS DE LA REGULACIÓN DE LOS BANCOS HÁBITAT

A diferencia de lo ocurrido en otros países, la doctrina no se ha preocupado ampliamente por cuestionar esta herramienta financiera, ello aunado a su utilidad para fortalecer la efectividad de las compensaciones ambientales, han terminado por garantizar su utilidad a nivel nacional. El MADS, en su página web da cuenta de este éxito: «A 2020, Colombia cuenta con dos bancos de Hábitat uno en el Meta y otro en Antioquia. El Banco de Hábitat del meta cuenta con aproximadamente 622 hectáreas y Banco de Hábitat del Antioquia cuenta con 647 hectáreas» (10). Sin embargo, no están exentos de dificultades en la práctica.

1. Un cambio de perspectiva en las herramientas de compensación ambiental

A lo largo de este trabajo se ha demostrado que los bancos de hábitat en el derecho colombiano se presentan como una respuesta milagrosa para los problemas derivados de las compensaciones ambientales o de la inversión de al menos el 1% exigida por la Ley.

No existe duda en cuanto a que se trata de un mecanismo novedoso, de carácter financiero, que realmente tiene la potencialidad de generar un efecto positivo en materia de compensaciones ambientales, en particular es

(9) Como lo afirma la doctrina, «estos créditos suelen generarse antes de que el daño se produzca y con independencia del mismo, por lo que pueden ser almacenados en el tiempo, dando lugar a un stock o almacén de derechos sobre el hábitat, que estén disponibles para cuando los requieran los promotores de actividades que se vean obligados a compensar por cumplimiento de la normativa» (DE LA CALLE AGUDO *et al.*, 2013, p. 45).

(10) Disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/direccion-de-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistemas/bancos-de-habitat-2/> (visitado el 9 de julio de 2022). Sin embargo, en 2021 se emitió información oficial de que se ampliaría la tierra apta para bancos de hábitat a 5000 hectáreas.

muy valioso el acercamiento a una inversión en resultados concretos y la disminución de los costos transaccionales para los obligados a realizarla (11).

Sobre este punto, parece interesante anotar que resulta positivo, en muchos casos, permitir la posibilidad de tercerizar la ejecución de este tipo de inversiones, al tiempo que centralizar el esfuerzo de varios obligados para maximizar la sostenibilidad financiera del proyecto y garantizar el mejor efecto posible en el medio ambiente. En efecto, «el recurso a la compra de créditos ambientales es voluntario por parte de los promotores, y la determinación del impacto negativo generado y de su correlativo valor dependerá de cada caso concreto. Al mismo tiempo se mejora la eficiencia de las medidas de conservación, puesto que evita la degradación del medio ambiente y optimiza la utilización de los recursos naturales» (DE GUERRERO MANSO, 2016, p. 98).

Sin embargo, se generan algunas dudas que pueden llegar a causar algunas dificultades en su aplicación. El primer efecto, sobre el cual se puede generar debate consiste en razones que se podrían denominar «culturales», toda vez que la empresa obligada, aparte de verificar el cumplimiento de unos hitos, no tiene control sobre las inversiones efectivamente realizadas. Se entiende que la filosofía de las cargas derivadas de las obligaciones de compensación se deriva, en buena parte, del principio *el que contamina paga*, sin embargo, ese principio también estaba llamado a generar en los titulares de proyectos que tuvieran que mitigar o compensar a ganar conciencia frente a los impactos de sus actividades en el medio ambiente y promovieran un uso más sostenible de la tierra. En este caso, al tercerizar la realización de este tipo de inversiones, se pierde ese incentivo, que, aunque pueda sonar inocente, constituía un propósito loable de la regulación en la materia. En otras palabras, se podría estar en presencia de «la transformación del principio “quien contamina paga” en “quien paga contamina”» (DE GUERRERO MANSO, 2016, p. 104).

Pero, además, ese paradigma inicial permitía que las medidas de compensación se realizaran en el mismo lugar o en un cercano al que recibía el impacto ambiental. En este modelo, lo relevante es que el suelo en el que se plantee el desarrollo del banco de hábitat pueda recibirlo, independientemente de la potencial mitigación del efecto adverso causado por el proyecto (12).

(11) En palabras de AMAYA ARIAS, «Como se puede ver los BH permiten agregar esfuerzos de compensación ambiental y de inversiones forzosas en un solo territorio maximizando las ganancias ambientales y el control de las compensaciones e inversiones, y evitando que una vez se dé el cierre de la obligación de compensación o de inversión forzosa se pierda el control territorial y técnico de las ganancias alcanzadas» (AMAYA, 2020, p. 337).

(12) Sobre este punto, vale la pena resaltar que el propósito de los bancos de hábitat puede «orientarse al aumento de la conectividad de los ecosistemas, la implementación de herramientas del paisaje y el mejoramiento de la calidad de hábitat para la fauna» (LÓPEZ & QUINTERO, 2015, p. 173).

Así mismo, se impone una correcta identificación de los ecosistemas, para garantizar que la adquisición de estos *créditos* correspondan a los efectos que se pretenden mitigar o compensar. En este sentido,

«la compraventa de créditos a través de los bancos de hábitats debe garantizar, por lo tanto, que los activos que se transfieren corresponden de alguna forma a tipos de hábitats dotados de condiciones funcionales, con un capital natural, o que presten servicios ambientales lo más parecido posible o equivalentes al dañado o perdido por el proyecto. Por eso resulta absolutamente imprescindible realizar una correcta calificación de los hábitats y su valor, que permita determinar qué créditos se han de adquirir, esto es, cuántos y cuáles» (DE GUERRERO MANSO, 2016, p. 98) (13).

Por otra parte, es cierto que en virtud de principios relacionados con la gestión y el seguimiento, puede haber auditorías que garanticen esos resultados y obligaciones inherentes a esa necesidad, no lo es menos, sin embargo, que no existen mecanismos que garanticen claramente el cumplimiento de esos efectos en el largo plazo (14).

No es claro en la Resolución, por ejemplo, la consecuencia en el obligado de los incumplimientos del banco de hábitat, pues al no tratarse de obligaciones de carácter financiero, las garantías que se podrían exigir serían de carácter monetario, a pesar de que la carga ambiental no lo es en estricto sentido. En este sentido, se podría requerir el diseño de obligaciones concretas que permitan la estabilización a largo plazo del proyecto y la situación del titular de los cupos en caso de incumplimiento del banco, para establecer si efectivamente cumplió con la carga ambiental que se le impuso.

Finalmente, como lo ha puesto de presente la doctrina, el recurso a los bancos de hábitat debe ser de carácter subsidiario si se quiere cumplir con la jerarquía de la mitigación, toda vez que se trata de un mecanismo que se enfoca en la compensación.

(13) En consecuencia, «lo más adecuado sería, en consecuencia, intentar en primer lugar aplicar las medidas compensatorias *in situ* y, solamente en los supuestos en los que no sea posible contrarrestar los efectos adversos significativos en el mismo lugar, acudir a la compensación *ex situ* para evitar la pérdida neta de biodiversidad. E incluso en estos supuestos establecer cláusulas que prioricen la compensación lo más cercana posible a la zona de impacto, ya que será allí donde se hayan reducido o eliminado los recursos y servicios ambientales» (DE GUERRERO MANSO, 2016, p. 103).

(14) Este riesgo es evidente, no solo en derecho colombiano, pues «la atención al completo mecanismo de funcionamiento del mercado requiere prever e internalizar no sólo los costes de generación de los créditos de conservación, sino también, con carácter permanente, los relativos al mantenimiento de los lugares una vez transmitidos los créditos. Bajo la óptica jurídica, quizá la cuestión más importante en esta materia sea la relativa a la permanencia de las actuaciones de conservación de los terrenos afectados, pues su perpetuidad, aun juzgándola necesaria, no parece fácilmente operativa» (LÓPEZ RAMÓN, 2018, p. 59).

2. La cuestión de la seguridad jurídica

Otro punto, de singular importancia para el derecho colombiano es el de la seguridad jurídica en materia predial. Esta cuestión es particularmente relevante por la alta informalidad en la ocupación de la tierra y en los mecanismos para cuestionar la titularidad previamente adquirida.

El mecanismo de los bancos de hábitat funciona bajo una lógica de banca de inversión. El promotor del banco puede o no ser propietario de los predios en los cuales se van a realizar las inversiones, pero sí debe, en todo caso, garantizar: i) la clara identificación de los inmuebles —planos y georreferenciación—; ii) que se encuentran libres de cuestionamiento judicial o administrativo; y, iii) que se tiene la posibilidad de utilizar el inmueble al amparo de contratos de derecho privado, como, por ejemplo derecho real de usufructo o patrimonios autónomos.

En otros sistemas jurídicos no sería un asunto de mayor importancia, pero en el derecho nacional, existe una particular fragilidad de la seguridad jurídica derivado de procesos de clarificación de la propiedad, que puede iniciar la Agencia Nacional de Tierras y también de procesos de restitución de tierras, que pueden afectar sin límite de tiempo la adquisición de los inmuebles y poner en peligro el proyecto productivo.

El proceso de restitución de tierras, presenta algunas particularidades que valen la pena analizar pues se trata de una particularidad del derecho colombiano, que puede incidir decisivamente en la estabilidad de este tipo de proyectos a largo plazo e impactar negativamente en su posible estructuración.

El proceso de restitución de tierras tiene una complejidad importante, a partir de la cual, se deben identificar claramente los efectos en cada una de sus etapas. La primera etapa, de naturaleza administrativa, se encuentra a cargo de la Unidad de Restitución de Tierras (UAEGRTD) cuyo propósito consiste en definir las condiciones que pueden llevar a incluir los predios en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Esta primera fase se divide a su vez en varias subetapas a través de las cuales se pretende lograr: i) un análisis previo de la solicitud de registro, ii) el inicio formal del estudio del caso, iii) una etapa probatoria, y iv) la decisión de incluir al bien o la persona en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.

La segunda etapa del procedimiento es de naturaleza judicial y se encuentra a cargo de los jueces especializados en restitución de tierras, los cuales, a su vez, presentan la demanda ante la Sala Especializada del Tribunal Superior a través de una sentencia se pronuncian acerca de la demanda o solicitud de restitución. En cualquier caso, la Ley 1448 de 2011 reconoce la situación de los opositores y la explotación económica que se realice sobre el predio.

Como se puede concluir, entonces, la anotación de la Resolución mediante la cual se decide incluir el inmueble en el Registro tiene un carácter estrictamente publicitario, que no genera ningún efecto en relación con el poder dispositivo, pues su propósito simplemente consiste exclusivamente en indicar que existe una solicitud de restitución respecto del inmueble, no comporta decisión alguna en relación con los derechos de los reclamantes o del propietario inscrito.

Ahora bien, en caso de que se profiera sentencia en la cual se identifique la existencia de despojo, el bien tendrá que ser entregado a la UGRTD para su administración o se podrá dejar en manos del titular si prueba ser titular de buena fe exenta de culpa.

Un punto importante es que la existencia de un banco de hábitat no afecta, en principio, el avance de un proceso de restitución de tierras, cuyo resultado puede ser la necesidad de entregar el inmueble, pues el estándar exigido a quien adquirió un inmueble despojado es particularmente alto. Al tratarse de un proyecto privado, el banco de hábitat no genera ningún tipo de área protegida, es más, es el promotor del proyecto el que se encuentra obligado a garantizar la estabilidad del proyecto hasta que cumpla los resultados que se pretenden como consecuencia de las obligaciones de compensación o de la inversión de no menos del 1%.

En este sentido, valdría la pena que legalmente se reconociera algún tipo de protección especializada, como limitación del derecho de propiedad, que se pudiera registrar en el Folio de Matrícula Inmobiliaria para proteger los bienes que reciben las inversiones de cara a terceros acreedores o de otro tipo de acciones judiciales o administrativas sobrevinientes en relación con los inmuebles.

IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, se puede señalar que la apuesta de creación e implementación de los bancos de hábitat es, sin duda, interesante por el atractivo que tiene en términos de rapidez y tangibilidad de resultados de las compensaciones ambientales, sin embargo, se requiere la consolidación del instrumento —que ha tenido un éxito indudable en el derecho colombiano— y la imposición de algunas salvaguardas para cumplir sus promesas a largo plazo. En este punto, la garantía de una mayor seguridad jurídica, a través de mecanismos ligados a la protección inmobiliaria del proyecto pueden generar una mayor sostenibilidad financiera y ambiental.

V. BIBLIOGRAFÍA

AMAYA ARIAS, Ángela, *Régimen jurídico-ambiental de los recursos forestales en Colombia*, U. Externado, Bogotá, 2020.

- ARIZA, Diana y MORENO, Juan, *Análisis comparativo sobre compensaciones ambientales por pérdida de biodiversidad en el contexto nacional e internacional*, Instituto Von Humboldt, Bogotá, 2017.
- ALONSO, V., AYALA, M. y CHAMAS, P, «Compensaciones por pérdida de biodiversidad y su aplicación en la minería: los casos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú», serie *Medio Ambiente y Desarrollo*, N° 167 (LC/TS.2020/26), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Contraloría Delegada para el Medio Ambiente «Estudio Sectorial Compensaciones Ambientales como Mecanismo de Resarcimiento de Pérdidas de Biodiversidad en Proyectos Licenciados», Bogotá, 2021.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen, «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en esta REVISTA, Monografía XVI, Zaragoza, 2016, pp. 85-114.
- DE LA CALLE AGUDO *et al.*, «Bancos de hábitat, ¿la respuesta para la conservación de la biodiversidad?», *Ecosostenible*, No. 23, 2013, pp. 45-62.
- LÓPEZ, Diana y QUINTERO, Juan, «Compensaciones de biodiversidad: experiencias en Latinoamérica y aplicación en el contexto colombiano», *Gestión y Ambiente*, 2015, Volumen 18 (1), pp. 159-177.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «La trayectoria española de los bancos de conservación», en esta REVISTA, Monografía XIX, 2018, p. 57-73.
- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos. «Bancos de hábitat: Mecanismo para la implementación de compensaciones bióticas». Bogotá, D.C.: Colombia, 2018.
- SARMIENTO, Mariana, *Hacia un sistema de bancos de hábitat como herramienta de compensación ambiental en Colombia*, Fundepaz, Bogotá, 2014.

