

**“LA RESPONSABILIDAD
MEDIOAMBIENTAL Y SANCIONADORA
POR LAS
ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA
PROTEGIDA.”**

Salvador Moreno Soldado

Funcionario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el puesto de Asesor Jurídico en la Dirección Provincial de Agricultura, Medioambiente y Desarrollo Rural en Albacete.

Instructor de expedientes sancionadores de medioambiente y conservación de la naturaleza.

Resumen:

La electrocución de aves rapaces en los tendidos eléctricos es la principal causa de muerte no natural de las mismas. Con este estudio jurídico se pretende dar una visión de la problemática jurídica para tratar de forzar a los titulares de los tendidos eléctricos a que asuman su responsabilidad medioambiental y procedan a modificar los tendidos eléctricos con el objetivo de evitar esas muertes, y asumiendo los costes de la inversión. También se desarrollan las claves para utilizar la vía sancionadora frente a las omisiones de los titulares de los tendidos eléctricos como instrumento jurídico para retribuir tales conductas y a los efectos de la prevención general. La Ley de Responsabilidad Medioambiental y la legislación de conservación de la naturaleza así como las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-

Administrativo nº 1 y nº 2 de Albacete, y las de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, declarando ajustadas a derecho las sanciones impuestas por la JCCM, han supuesto un importantísimo refrendo de la vía sancionadora como herramienta para conseguir que los operadores titulares de tendidos eléctricos cambien los tendidos en los que se deja la vida nuestro patrimonio natural. Durante décadas ha permanecido oculto este gravísimo problema de conservación en uno de los países más ricos en avifauna de Europa.

Palabras clave: avifauna, electrocución, responsabilidad medioambiental, sanciones, indemnizaciones, tendidos eléctricos, reparación, prevención de daños ambientales y evitación de nuevos daños.

Abstract: The electrocution of raptors in power lines is the main cause of unnatural death. This legal study is intended to give a view of the legal problems to try to force the owners of power lines to assume their environmental responsibility and proceed to modify the power lines in order to avoid these deaths, and assuming the costs of the investment. The keys are also developed to use the sanctioning way against the omissions of the owners of power lines as a legal instrument to compensate for such behaviors and for the purposes of general prevention. The Law of Environmental Responsibility and the legislation of nature conservation, as well as the Judgments of the Courts of the Contentious-Administrative nº 1 and nº 2 of Albacete, and those of the Section 2ª of the Room of the Contentious-Administrative of the Superior Court of Justice of Castilla-La Mancha, declaring the penalties imposed by the JCCM adjusted to right, have been a very

important endorsement of the sanctioning way as a tool to get the incumbent operators to change the lines in which our life is left natural heritage. For decades this very serious conservation problem has remained hidden in one of the richest countries in birds in Europe.

Key Words: birds, electrocution, environmental responsibility, penalties, compensation, power lines, repair, prevention of environmental damage and avoidance of new damages.

SUMARIO:

1. Problemática actual y objetivos del estudio.
2. Introducción: desde donde partimos.
3. La Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad Medioambiental.
4. Los daños ambientales regulados en la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental: las especies silvestres de avifauna protegida y amenazada.
5. La amenaza inminente de daño medioambiental por electrocución y la obligación de actuar *motu proprio* de los operadores económicos y profesionales.
6. Operadores obligados a prevenir las electrocuciones de avifauna.
7. Obligaciones de prevención de daños y obligaciones de evitación de nuevos daños ambientales por electrocución de avifauna.
8. Los deberes generales de prevención de daños ambientales y de evitación de nuevos daños ambientales.

9. La obligación de comunicar a la Autoridad competente la existencia de amenaza inminente de daños y la propia existencia de daños y las medidas preventivas y de evitación adoptadas.
10. Inexigibilidad del coste de la prevención, evitación y reparación de daños ambientales.
11. El carácter de la responsabilidad medioambiental sin ser el inicial causante de la contaminación en la jurisprudencia europea.
12. La prueba del nexo causal en materia de electrocuciones y la responsabilidad culpable.
13. El derecho sancionador como instrumento para reprender las conductas infractoras y el nivel de diligencia exigible.
14. Ley aplicable en materia de electrocuciones de avifauna.
15. El principio de proporcionalidad en las sanciones a empresas distribuidoras eléctricas.
16. La jurisprudencia en materia de sanciones por electrocuciones de avifauna protegida: las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Albacete y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
17. La obligada reparación del daño medioambiental incluso con la infracción prescrita o sin infracción: jurisprudencia y regulación legal. La compatibilidad e independencia de la infracción y de la reparación.
18. La Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

19. El papel de la Fiscalía de Medioambiente ante las electrocuciones de avifauna en la vía administrativa, en la vía contencioso-administrativa y en la vía penal.
20. La situación de irregularidad medioambiental de ciertos tendidos peligrosos para la avifauna.
21. Los errores de interpretación jurídica de las obligaciones medioambientales.
22. Otros principios de derecho ambiental de aplicación.
23. Las zonas de protección prioritaria del Real Decreto 1432/2008.
24. El coste de las inversiones a realizar por las empresas de distribución eléctrica.

1. PROBLEMÁTICA ACTUAL Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO

El presente trabajo pretende abordar el estudio jurídico de la **responsabilidad medioambiental y sancionadora** de los operadores económicos y profesionales titulares de tendidos eléctricos en los que se producen numerosísimas electrocuciones de avifauna protegida; centrándonos, especialmente, en la responsabilidad que cabe atribuir a aquellas mercantiles que son **empresas de distribución eléctrica**. La importancia de esta cuestión salta a la vista teniendo en cuenta la escandalosa cifra de muerte de avifauna silvestre tanto en número como por las especies que son víctimas a diario de la electrocución. De acuerdo con las cifras que maneja el Ministerio de Transición Ecológica

más de 33.000 aves rapaces protegidas son víctimas cada año de la electrocución en los tendidos eléctricos en España. También ha de tenerse en cuenta que **hace décadas que se conocen soluciones técnicas suficientemente seguras y eficaces como para evitar tales electrocuciones**, las cuales básicamente consisten en disponer el cableado (las fases o cables de corriente) bajo la cruceta de amarre, aumentar las distancias entre las fases y esos puntos de amarre, y forrar el cableado y otros elementos en los puntos de posada de las aves. Estas sencillas soluciones técnicas vendrían a constituir lo que la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental refiere como Mejores Tecnologías Disponibles (**MTD**) en materia de electrocución. Por supuesto, las MTD serán mucho mejores cuanto más sea la distancia entre fases y con puntos de amarre y forrando o aislando adecuadamente los elementos en tensión.

El daño medioambiental por electrocuciones de avifauna quedó sembrado con la implantación de cientos de miles de peligrosísimas torres eléctricas que se construyeron con una inadecuada tipología, y que cubrieron nuestros campos entre los años setenta, y hasta pasados los noventa del pasado siglo, cuya larguísima vida útil constituye en la actualidad **el principal problema de conservación de avifauna** protegida, muy especialmente rapaces, con una gran distancia relativa en cuanto a otras problemáticas. Para terminar de centrar la cuestión ha de señalarse que el Ministerio cifra estas pérdidas en alrededor de 5.000 millones de euros de valor de este patrimonio natural.

2. INTRODUCCIÓN: DESDE DONDE PARTIMOS.

Desde la perspectiva del derecho caben plantearse **numerosísimas dudas legales** en cuanto a cómo tratar el problema de las electrocuciones de avifauna y la responsabilidad medioambiental que de ello pueda derivarse, puesto que aunque se trata de instalaciones industriales antiguas que suelen contar muchas veces con la **autorización** correspondiente, en otras muchas ocasiones se desconoce si disponen o no de la misma (cuestión que ha de resolverse la mayor parte de las veces solicitando esa información a la Administración de Industria, y ésta, a su vez, al operador que tenga la condición legal de Gestor de la Red de Distribución; es decir, el operador de distribución eléctrica dominante en una zona), estando en este último caso en una situación de fuera de legalidad o, directamente, en situación de ilegalidad. No obstante, como se expondrá más adelante, el hecho de que cuenten con autorización administrativa no exime a los responsables de su deber de evitar los daños ambientales o de su deber de prevención de nuevos daños ambientales puesto que tal **autorización, cuando se tiene, no ampara los daños ambientales por electrocución, dado que, a pesar de la licitud de la conducta, el daño es antijurídico** porque este daño no ha sido objeto específico y expreso de una autorización ambiental o de una Declaración de Impacto Ambiental. Es decir, la autorización sustantiva no ampara el daño medioambiental por electrocución de avifauna ni el cumplimiento de aquella exime de cumplir con la legislación medioambiental. Tal es así, que incluso la propia Ley 21/1992 de Industria contempla el deber de prevenir las electrocuciones de fauna en su artículo 9. Así, la responsabilidad no se elimina ni resulta exenta en materia de electrocuciones, como luego explicaremos, y siempre desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva o culposa; pues hasta la fecha la responsabilidad de carácter objetivo en materia de electrocuciones de avifauna no ha sido objeto de regulación por el legislador.

Además de la dificultad para identificar al titular del tendido, cabe también plantearse la duda respecto de si **el hecho de una electrocución** se produjo o no en el lugar en donde se encuentra el animal (raramente sobrevive) o su cadáver, que suele ser frecuentemente a escasísima distancia del poste o torre eléctrica. Para amarrar esta **cuestión probatoria** resulta necesario que la recogida se efectúe por un Agente Medioambiental o del Seprona u otro funcionario de un Cuerpo que tenga la condición de **Agente de la Autoridad**, así como los conocimientos para recabar sobre el terreno las evidencias físicas, los indicios y otro material probatorio que presente el entorno y el cadáver en cuanto a ausencia de manipulación humana o por otros animales así como otras circunstancias que sugieran el hecho de la electrocución del ave, tales como la posición de caída habitualmente boca arriba, las marcas propias de la electrocución, la ausencia de signos o evidencias de manipulación animal, arrastre, suciedad sobre el cuerpo, mordeduras, la ausencia de huellas sobre el terreno y otras circunstancias que deberán relacionarse en la correspondiente **Acta o Denuncia**; y completarse con el correspondiente **informe forense del animal** efectuado por un Veterinario de la Administración que establezca de modo concluyente la electrocución como causa de la muerte, así como su datación, a los efectos de deducir o no prescripción de las supuestas infracciones por parte de la Administración. Fijadas estas circunstancias de partida relativas al hecho de la electrocución y al **nexo causal**, puede la Administración plantearse qué tipo de responsabilidad podría deducirse respecto del operador económico o profesional titular o propietario del tendido. En el presente trabajo ya hemos dicho que centraremos nuestro estudio especialmente en la responsabilidad que cabe atribuir a las empresas de distribución eléctrica; sin perjuicio de aportar también nuestro punto de vista respecto de la responsabilidad

que cabe atribuir a otros operadores económicos y profesionales, e incluso a los ciudadanos en determinados casos cuando son concededores de los daños ambientales que el tendido de su propiedad pueda causar.

No queremos tampoco dejar de señalar que resulta **necesario efectuar un seguimiento más o menos periódico de todos los tendidos** cuya tipología constructiva sea peligrosa o muy peligrosa para la avifauna protegida, pues si no hay más Actas o Denuncias de electrocuciones mucho nos tememos que suele ser porque el tendido eléctrico no se ha revisado con una cierta frecuencia. Además, en determinadas zonas el cadáver de un animal electrocutado es presa fácil de algún otro carroñero o predador que podría hacerlo desaparecer o devorarlo transcurrido un tiempo que puede ser más o menos corto o largo en función de cuáles sean las circunstancias imperantes sobre ese terreno concreto en cuanto a presencia de fauna carroñera se refiere. Con esto queremos llamar la atención respecto de que **sin la previa acta o denuncia de un Agente de la Autoridad poco se puede hacer** ante la circunstancia de una electrocución, quedando, finalmente, impune el responsable. Por otro lado, también queremos reflejar que para mejor manejo administrativo del seguimiento de la problemática y, en su caso, de la utilización de las herramientas legales, conviene que los seguimientos de los casos de electrocuciones de un mismo tendido resulten convenientemente relacionados de modo que todo el tendido eléctrico, y no sólo un tramo pequeño, sea objeto de inspección; así como que las denuncias sean relacionadas todas respecto de ese tendido entero.

3. LA DIRECTIVA 2004/35/CE DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.

La política medioambiental europea se basa en los artículos 11 y 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El desarrollo sostenible es un objetivo general para la UE, que se compromete a alcanzar un «**alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente**» (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea¹). El **artículo 11** del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea refiere que “**las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible**”. Y en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se señala a su vez: “**1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:**

- la **conservación, la protección y la mejora** de la calidad del medio ambiente,
- la **protección de la salud de las personas,**
- la **utilización prudente y racional de los recursos naturales,**
- el **fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o**

¹ La Unión establecerá un mercado interior. **Obrará en pro del desarrollo sostenible** de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un **nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.**

mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.

2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado², teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga³.

La **Directiva 2004/35/CE³** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre **responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales** (DO L 143 de 30/04/2004) o, simplemente, Directiva de Responsabilidad Medioambiental (en adelante DRM), parte del principio "**quien contamina, paga**"; es decir, un operador que cause daños ambientales es responsable de los mismos y debe tomar las medidas preventivas necesarias así como las reparadoras, y sufragar los costes relacionados con esas actuaciones. Por tanto, en nuestra opinión, el

² Subrayo este mandato porque entiendo que la legislación nacional debe integrar normas protectoras del medioambiente en la legislación sustantiva; no de un modo genérico y general sino concretándose, efectivamente, en disposiciones protectoras.

³ Modificada por Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (DO L 102 de 11/04/2006), modificada por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (L 140 de 05/06/2009) y modificada por la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013 (L 178 de 28/06/2013) y rectificada por Rectificación DO L 306 de 25.10.2014, p. 8 (2013/30/UE).

principio de una manera completa debiera ser formulado más bien como "**quien contamina, paga y repara**". Naturalmente, del término "*contamina*" ha de hacerse una interpretación extensiva, entendiéndose ampliado a cualquier actuación que sea dañosa o perjudicial en algún sentido para el medioambiente. Hasta aquí ninguna novedad, por cuanto que nuestra Constitución Española de 1978⁴ refiere en su artículo 45.3 un contenido básico similar cuando establece sanciones penales o administrativas para los infractores así como la obligación de reparar el daño causado según se configure legalmente. De modo que, en principio, parece que se parta primero de la comisión de una infracción o un hecho antijurídico para luego ligar a esa conducta infractora el deber de reparación. No obstante, más adelante veremos cómo esa interpretación incluso ha sido ampliada por la jurisprudencia española; llegándose a establecer la obligación de reparar el daño medioambiental también sin infracción, concurriendo un nexo causal y una acción u omisión que sea el origen del daño como un supuesto de responsabilidad civil. Y también ha señalado la jurisprudencia el deber de reparar incluso con una infracción prescrita. Del artículo 45.3 CE se desprende que todos los ciudadanos, las mercantiles y otras personas jurídicas están obligados a emprender las acciones que se juzguen necesarias para conservar el medioambiente; atribuyendo a la

⁴ **Artículo 45 CE:** 1.- **Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente** adecuado para el desarrollo de la persona, así como **el deber de conservarlo**. 2.- Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y **restaurar el medio ambiente**, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3.- Para **quienes violen** lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán **sanciones** penales o, en su caso, administrativas, así como la **obligación de reparar el daño causado**.

Administración la potestad de velar por el mismo de manera que su utilización resulte racional y compatible. Si integráramos este contenido con lo señalado en las **Directivas** Europeas de Hábitats, Aves, Evaluación Ambiental y Responsabilidad Medioambiental, habría que deducir que todos tienen el deber objetivo de establecer las medidas necesarias de carácter preventivo que resultaran eficaces para que su actuación o actividad sea sostenible así como fijando que, para aquellos que no lo hicieran y causaran un daño, deben ser objeto de sanción y de imposición de medidas de reparación, de acuerdo con el principio de "*quien contamina, paga*" y repara.

El grueso de la Directiva 2004/35/CE se centra en el establecimiento de una responsabilidad objetiva o sin culpa, sin perjuicio de que el legislador nacional avance más allá. Pero también refiere la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad subjetiva respecto de las especies contempladas en las Directivas medioambientales. Y para ambos supuestos, se parte del común de considerar obligatorio el establecimiento de medidas de prevención y evitación de nuevos daños ambientales. Y en cuanto a la reparación resulta en principio obligada respecto de las actividades del Anexo III así como de otras actividades si concurre culpa o negligencia.

Así, **la responsabilidad objetiva tiene su fundamento en la "teoría del riesgo"**; es decir, en la capacidad real para efectivamente causar daños medioambientales sólo porque la actividad desarrollada tiene intrínsecamente tal posibilidad real a *priori* para causarlos. De modo que en principio y por expresa disposición legal, el daño ha sido producido como consecuencia de esa actividad salvo que el causante pruebe que no fue el responsable del mismo. En este sentido, se establece una **presunción legal *iuris tantum*** por una norma, sin llegar a ser una presunción

iuris et de iure, porque admite prueba en contrario, del hecho contaminante o dañino del operador, al que se atribuye, también, la carga de la prueba para eximirse como sujeto responsable por ser el titular de la actividad "contaminante" o generadora de esos daños ambientales. Con ello el legislador europeo pretende que el desarrollo tecnológico, industrial y empresarial más contaminante que pueda constituir un factor de riesgo, tal y como se manifiesta en los procesos productivos industriales o en otro tipo de explotaciones peligrosas, asuma los riesgos medioambientales que genera, de manera que las consecuencias que esa actividad pueda tener para con el medioambiente sea objeto de su responsabilidad asumiendo los costes financieros necesarios para prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, incluidas las sanciones correspondientes si concurre culpa o negligencia. Por tanto, se configura una "**responsabilidad por riesgo**" que se sustenta o complementa con el "**principio ambiental de mercado**"; es decir, cada cual debe asumir los costes ambientales que genere su actividad. O como diríamos usando el aforismo latino más cercano, usado y conocido por nuestra doctrina jurídica en España, se asume el principio "**ubi commodum, ibi incommodum**". Lo cual no resulta tan extraño en nuestra jurisprudencia basada en concepciones subjetivas combinada con presunciones de imputación conforme a determinados criterios. Así, el legislador europeo establece **una regla general de responsabilidad objetiva para unas determinadas actividades peligrosas** con independencia de que haya delito o infracción. Es decir, se establece una **presunción legal reforzada** al contemplar la inversión de la carga de la prueba respecto de los operadores y actividades del Anexo III de la DRM.

Para **otro tipo de actividades peligrosas distintas a esas incorporadas al listado de actividades**

peligrosas que se enumeran en el Anexo III de la Directiva, obliga a los Estados miembros a establecer un régimen de **responsabilidad subjetiva** o culposa [en los artículos 3.1.a) y b) y Considerando 9 de la DRM] cuando concorra culpa o negligencia en relación con los **daños a la biodiversidad (especies y hábitats naturales protegidos; en particular las especies contempladas en la Directiva de Aves y en la Directiva de Hábitats)**. Precisamente, por ser la actividad de distribución eléctrica una actividad no incluida en el Anexo III de la DRM estaríamos ante uno de los supuestos para los que la Directiva obliga a que el legislador de los Estados miembros acometa una regulación que configure, en materia de electrocuciones de especies protegidas por las Directivas de Aves y de Hábitats, un régimen de responsabilidad subjetiva. A este respecto, siendo una Directiva un instrumento legal de regulación de mínimos a transponer por los Estados miembros de la Unión se imponen las obligaciones de establecer dos regímenes distintos de responsabilidad; una subjetiva, para cuando se dañen especies protegidas en el ámbito europeo; y otra de forma objetiva para todos los daños causados por las actividades del Anexo III. En todo caso, la Directiva obliga al menos a que la responsabilidad medioambiental por daños ambientales a especies y hábitats naturales protegidos se ciña como mínimo a una responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia; de manera que todas las referencias que se hacen en la DRM a estos concretos daños son de carácter subjetivo o culposo. No obstante lo anterior, tanto para las actividades "*objetivamente peligrosas*" del Anexo III como para las "*menos peligrosas*" (llamémoslas así, si se nos permite) a todos resulta exigible la adopción de las medidas de prevención de las amenazas inminentes y de evitación de nuevos daños. Sin embargo, el operador del tal Anexo III y el operador de otras actividades distintas se eximen de responsabilidad cuando se dé un supuesto de interrupción del **nexo causal**. En este caso, en ambos

regímenes se excluye la obligación de reparar pero no la de evitación de nuevos daños y de asumir los costes o inversiones que las medidas a implantar.

Por tanto, a todas las actividades del Anexo III, la Directiva les atribuye la obligación o deber de aplicar el **principio de prevención ambiental**; es decir, puede deducirse que se parte de considerar que la amenaza de daño ambiental que **la actividad empresarial genera o pueda generar puede ser conocido anticipadamente, y que pueden y deben adoptarse medidas** para neutralizarla o mitigarla considerablemente. Después veremos cómo el legislador español ha extendido este deber también a otras actividades económicas y profesionales no incluidas en el Anexo III yendo más allá de lo exigido por la Directiva que obliga como mínimo a un régimen de responsabilidad subjetiva si se dañan especies amenazadas.

En otro sentido, se configura el **principio de precaución ambiental** que se aplica a aquellas otras actividades cuyo daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no pueden ser materialmente conocidos sus efectos a mediano y largo plazo.

Serviría como ejemplo de aplicación del principio de prevención ambiental, el hecho de que una concreta torre metálica eléctrica con fases por encima de la cruceta y aisladores rígidos pueda electrocutar un Águila u otra rapaz simplemente por su tipología constructiva: por una disposición de la cruceta en cruz o en horizontal que no separe adecuadamente las distancias entre fases (cableado) de corriente eléctrica y con disposición de éstas por debajo de los puntos de amarre; y también sin respetar ciertas distancias mínimas de seguridad entre las mismas y entre éstas y aquellos o por no aislar y forrar convenientemente las zonas de posada de las

aves. En contraposición, y como ejemplo del segundo caso, sería aplicable el principio de precaución ambiental para aquella actividad agrícola de siembra de semillas modificadas genéticamente⁵ cuyos efectos a medio o largo plazo en el medioambiente o incluso para la salud humana aún no son suficientemente conocidos de acuerdo con el estado de conocimientos científicos y técnicos actuales.

Conforme a la Directiva 2004/35/CE, serían **causas de exención** de responsabilidad la actuación de un tercero, siempre que un operador cualquiera demuestre que ha adoptado las medidas cautelares pertinentes, y el cumplimiento de una orden o instrucción de una autoridad pública. Pero la DRM también permite al legislador nacional eximir al operador del coste de las medidas de reparación cuando demuestre su ausencia de culpa o negligencia ante dos supuestos: en primer lugar, que la actividad no fuera considerada potencialmente peligrosa o perjudicial para el medioambiente (el denominado "*riesgo de desarrollo*"), según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes; y, en segundo lugar, que el hecho contaminante o daño medioambiental estuviera específicamente autorizado, y siempre que el operador se hubiera sujetado estrictamente al cumplimiento de las condiciones fijadas en esa autorización; es decir, aunque el daño ambiental fuera antijurídico se permite eludir la responsabilidad objetiva prevista para las actividades previstas en el Anexo III por haber sido objeto expreso de una autorización de carácter ambiental procedente de un Órgano Ambiental. Pero no desaparece, sin embargo, la responsabilidad si se prueba la culpa o negligencia del operador al margen del contenido de tal autorización; siendo en este caso viable exigir su responsabilidad

⁵ Habitualmente llamados Organismos Modificados Genéticamente (OMG) o "*transgénicos*".

subjetiva, por culpa o negligencia, cuando no se hubiera sujetado estrictamente al cumplimiento de esa autorización o se tratara incluso de un supuesto de actividad ilegal. Insistimos en que sólo resultan ser daños ambientales autorizados (jurídicos) aquellos que específicamente así se hayan autorizado conforme a una autorización ambiental integrada o una evaluación de impacto ambiental; supuestos éstos donde puede exigirse el abono de los importes indemnizatorios sin sanción u otro tipo de reparación. En cuanto a las exigencias de prueba del **nexo causal**, la DRM no establece ninguna presunción legal, de modo que este elemento clave de la responsabilidad queda para que sea resuelto en la transposición a derecho interno por parte del legislador de los Estados miembros.

La DRM establece una obligación de **aplicación práctica del principio de prevención de los daños que se presentan de forma inminente** en su **artículo 5.1** cuando refiere que *“cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una **amenaza inminente** de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias”*; lo que podrá fiscalizar la Administración exigiendo información, la adopción de las medidas preventivas necesarias, y dando instrucciones al operador o, incluso, adoptando por sí misma tales medidas. No se distingue aquí a los operadores pues todos tienen este deber, ya fueran o no los de las actividades del Anexo III.

En cuanto a **la reparación de daños**, la Autoridad puede evaluar por sí misma los daños o exigir al operador que evalúe (artículo 11.2 DRM) por sí mismo la importancia del daño ambiental. Nada se dice en la Directiva respecto de la posibilidad de que la decisión de la Autoridad pueda ser objeto de notificación y posible recurso posterior por el operador. Sin embargo, entenderíamos que el legislador sí podría regular este

supuesto aunque no una fase de alegaciones ante un supuesto de amenaza inminente como sí se ha hecho en la transposición a derecho interno por el legislador español. No obstante, cuando se haya producido un daño ambiental que concorra con el incumplimiento de una normativa ambiental, la Directiva 2004/35/CE no impide que se tramite **un procedimiento sancionador** para decidir sobre todas estas cuestiones: la comisión de la infracción, la imposición de una sanción y el establecimiento de medidas preventivas y/o reparadoras. En este último caso, la Directiva 2004/35/CE exige en su Anexo II la **reparación "in natura"**⁶ asumiendo el punto de vista de que es la única reparación razonable desde el punto de vista ecológico, y careciendo el obligado de libertad de elección entre la reparación *in natura* o una indemnización, y prevaleciendo la primera dentro de unos límites razonables. Sin embargo, cuando no se pueda dar la **reparación primaria**, se prevén reparaciones **complementarias y compensatorias de las pérdidas provisionales**. Así, la reparación primaria tendría por objetivo la restitución o la aproximación de los recursos naturales a su estado básico. La reparación complementaria se dirigiría a compensar el hecho de que el recurso natural no haya podido alcanzar la plena restitución con la reparación primaria. La reparación compensatoria se relacionaría con las pérdidas provisionales de recursos naturales y de servicios de esos recursos al no haber podido desempeñar sus funciones ecológicas. Así, ésta sería la forma de aplicación del principio de "*quien daña, repara*". Naturalmente, cuando hablamos de daños a la

⁶ Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales.

biodiversidad por muerte de una ave rapaz electrocutada, la reparación *in natura* resulta imposible porque un cadáver no vuelve a la vida. Pero cabe no sólo indemnizar su valor económico sino también afrontar esas pérdidas con fórmulas de reparación compensatoria y provisional. Así pues, podríamos apuntar como ejemplo práctico de reparación complementaria la financiación de un programa de seguimiento radiomarcado por satélite de especies para asegurar, por ejemplo, el éxito de la reproducción. Serviría como ejemplo de reparación compensatoria la circunstancia de que se llevaran a cabo actuaciones específicas para compensar la pérdida de servicios concretos, como el hecho de que la muerte de un concreto ejemplar en periodo de cría de su pollo pueda suponer también la pérdida de éste. Es decir, la realización de actuaciones para el suplemento de alimentación como la suelta de conejo en su zona de cría para que sea más probable que no falte alimento que sea cazable por el otro miembro de la pareja reproductora.

La Directiva 2004/35/CE prevé que el daño a los recursos naturales debe repararse hasta alcanzar el "**estado básico**" en el que se encontraban antes del mismo, así como los servicios perdidos de esos recursos naturales; lo que nos plantea el debate de la **contaminación de carácter difuso** respecto de todas las especies amenazadas por la pérdida de población constante para algunas especies desde los años sesenta, su escaso grado de evolución en algún caso en cuanto a sus poblaciones, o el más habitual respecto de las especies en peligro de extinción por el agravamiento de su grado de supervivencia durante estos años como consecuencia de los tendidos peligrosos antiguos. Para estas cuestiones, **ante la imposibilidad o mayor dificultad de reparación *in natura* del animal electrocutado por realización de una actividad o por simple procesos naturales**, la Directiva 2004/35/CE exige una **reparación del estado básico de forma**

complementaria (por ejemplo, con apoyo de alimentación durante la fase crítica de cría de las aves) cuyo objeto es proporcionar un nivel de recursos y servicios similar en un lugar geográficamente vinculado (*recuperación por equivalencia*), **y/o una reparación compensatoria** para restablecer la pérdida de recursos naturales y de los servicios que hubieran proporcionado esos recursos naturales durante el tiempo que dure esa recuperación. No obstante, estas consideraciones, que podrían parecer de proporciones desorbitadas en cuanto a su tiempo y realización, se limitan por la propia Directiva 2004/35/CE a unos plazos razonables y a unos **costes razonables**; y también a la posibilidad de optar por una reparación monetaria de los recursos naturales (Anexo II-1.2.3). Por tanto, la Directiva 2004/35/CE impone valorar el coste de la medida de reparación en relación con el beneficio para el medioambiente, permitiendo que la reparación no se ejecute si el coste de las medidas es desproporcionado en relación con los beneficios ambientales que se pretenden obtener: *“Si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas. La autoridad competente podrá prescribir el método, por ejemplo, la **valoración monetaria**, para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias necesarias. Si es posible valorar los recursos y/o servicios perdidos pero no es posible valorar los recursos naturales y/o servicios de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá optar por medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al **valor monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios perdidos**”*. Lo que no parece deducirse de ese planteamiento es que el simple abono de las indemnizaciones como forma de reparar sea la vía exclusiva o principal para la reparación pues ello iría en contra del principio de *“no pérdida neta*

de biodiversidad” que el Tribunal Supremo ha referido en alguna Sentencia.

4. LOS DAÑOS AMBIENTALES REGULADOS EN LA LEY 26/2007 DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: LAS ESPECIES SILVESTRES DE AVIFAUNA PROTEGIDA Y AMENAZADA.

Para que pueda aplicarse la Ley de Responsabilidad Medioambiental en materia de electrocuciones de avifauna protegida deben darse uno de los siguientes supuestos: que se haya electrocutado un ejemplar de ave protegida e incluida en el Catálogo de Especies Amenazadas de la Comunidad Autónoma o en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, o que exista un **peligro inminente de electrocución que prevenir y evitar**. Naturalmente, si se ha producido ya una electrocución lo previsible y consecuente es que se den ambas circunstancias al mismo tiempo. Naturalmente, los Catálogos integran al menos las especies contempladas en las Directivas de Aves y de Hábitats.

El **artículo 2.1 de la Ley engloba**, entre otros daños medioambientales, **en su apartado a) a los daños a las especies silvestres; es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esas especies**. No se incluyen los daños a las especies por efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado al amparo de lo establecido en las siguientes normas: el artículo 6.3 y

6,4 o el artículo 13 del **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 hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres; y la normativa, estatal o autonómica, en materia de montes, de caza y de pesca continental, en el marco de lo establecido por el artículo 28 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. Es decir, los daños como consecuencia de una autorización que haya sido tramitada con Evaluación de Impacto Ambiental con la actual Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental, y los daños autorizados por caza de especies cinegéticas, pesca u otro tipo de autorización, los cuales dejarían de ser considerados daños ambientales; y cuya exclusión hoy se entiende contemplada en el artículo 54.5 de la actual Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad. Por tanto, las electrocuciones de cualquier especie de avifauna amenazada en sus distintas categorías (en peligro de extinción, vulnerables o de interés especial en el ámbito de Castilla-La Mancha, así como las dos primeras y las especies en régimen de protección especial en el Catálogo Nacional) quedarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

El **carácter significativo** de esos efectos se evaluará **en relación con el estado básico**, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I; criterios referidos al número de individuos, grado de amenaza, evolución de la especie y su capacidad de recuperación; es decir, los criterios que con la lógica pertinente se han seguido en la redacción de esos **Catálogos** promulgados partiendo de criterios ornitológicos científicos. No obstante, no debemos pasar por alto tampoco otros catálogos elaborados por sociedades científicas como la Sociedad Española de Ornitología (SEO/BirdLife). Hacemos este apunte porque tanto el Tribunal de Justicia

de la Unión Europea como el Tribunal Supremo han validado los estudios científicos elaborados por SEO/BirdLife en cuanto a la designación de los territorios que debieran haber sido Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA) y que SEO elaboró con sus zonificaciones llamadas Area Important Bird (IBA's), pues precisamente se condenó a España por no haber zonificado como ZEPA dichos territorios IBA cuya validez científica quedó ratificada y por encima de los estudios que elaboraron las Administraciones. A este respecto, esta sociedad ha elaborado el **Libro Rojo de las Aves de España** en colaboración con el Ministerio de Medioambiente (ahora de Transición Ecológica); cuyo contenido, en cuanto a catalogación de especies silvestres, ofrece un mayor dinamismo y actualidad incluso que los Catálogos oficiales, completado con otros estudios y publicaciones de esta sociedad ornitológica que con determinada frecuencia viene publicando. Es más, en muchísimas ocasiones, las Administraciones toman como válidos y hacen suyos los censos elaborados por SEO/BirdLife.

El **artículo 2.2** de la Ley refiere que serían «**Daños**»: *“El cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente”*. A este respecto, no se presentan dudas en cuanto a que una electrocución cualquiera de un ejemplar de avifauna amenazada supone un cambio adverso y mensurable, por cuanto que puede medirse en el hecho concreto como mínimo de esa pérdida individual de ese recurso natural.

De acuerdo con el Título II de la **Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad**, serían **especies silvestres** las recogidas en dicha norma. No obstante, se engloban tanto las especies que estén protegidas por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así

como por los Tratados Internacionales en que España sea parte, que se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional. En particular, las especies incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas y en el Listado de Régimen de Protección Especial⁷ así como en los catálogos de especies amenazadas establecidos por las comunidades autónomas⁸ en sus respectivos ámbitos territoriales. No se incluyen, por supuesto, las especies exóticas invasoras.

Pero la Ley 26/2007 no engloba sólo las pérdidas directas de los individuos que se electrocuten sino también las **pérdidas indirectas** derivadas de la pérdida de servicios de esos individuos considerados recursos naturales. Con esto pretendemos exponer que el hecho de una electrocución no circunscribe el daño sólo a la pérdida de ese animal sino que también ha de tenerse en cuenta **otras pérdidas intangibles** que derivan de esa electrocución. Así, ha de tenerse en cuenta que la pérdida mediata podría tener como consecuencia que se tratara de la muerte de una hembra o de un macho en pleno proceso de cría de sus pollos; o también, por ejemplo, que aunque no se produjera esa circunstancia podría ser que se tratara de un individuo adulto y con capacidad reproductora actual o muy próxima; lo cual, evidentemente, eleva el daño si lo comparamos con un

⁷ **Real Decreto 139/2011**, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

⁸ En el caso de Castilla-La Mancha, conforme al Decreto 33/1998, de 5 de mayo, por el que crea el **Catálogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla-La Mancha** (DOCM 22 de 15-05-1998), modificado por Decreto 200/2001, de 6 de noviembre (DOCM 119 de 13-11-2001) y por Decreto 22/2016, de 10 de mayo (DOCM 93 de 13-05-2016).

individuo joven inmaduro no reproductor y sin pareja. Pero también habría que englobar en esas otras pérdidas la ausencia del disfrute de contemplación por la sociedad, el daño al turismo ornitológico, o la pérdida que pueda suponer para la ciencia, o el fracaso o incremento de la dificultad para la reintroducción de una especie en una zona donde se había extinguido, los elevados costes de esos centros de recuperación y reintroducción; o incluso los desequilibrios ecológicos que una concreta pérdida o una pérdida global pueda suponer respecto de otros recursos naturales. Todo este tipo de daños, difícilmente mensurables, serían más bien compensables con la realización de actuaciones de fomento de la especie (por ejemplo, propiciando alimento suplementario en época crítica de cría con suelta de palomas o conejos para determinadas rapaces) o de apoyo a su mejora evolutiva financiando los centros de recuperación de especies silvestres, la asistencia veterinaria a los ejemplares; el apoyo a su alimentación y reproducción, los programas de estudio y seguimiento, etc. de esta forma sería, además, más adecuada llevar a cabo la mensuración con la elaboración de presupuestos para esas actividades.

Por otro lado, la Ley 26/2007 exige que se trate de **daños cuyos efectos adversos sean significativos en cuanto a conseguir alcanzar o mantener un estado favorable** de conservación de esas especies. Por ello, se excluyen de ese cómputo las variaciones negativas normales inferiores a las fluctuaciones naturales, o como consecuencia de enfermedad o muerte natural, o respecto de especies con una demostrada capacidad de recuperación de ese estado básico en breve plazo y sin intervención humana; lo cual nos sitúa en la práctica en que se incluyen **todas las especies amenazadas que estén previamente catalogadas en el Catálogo Nacional o en un Catálogo autonómico en sus diversas categorías.**

Básicamente se corresponden con las señaladas en el **Anexo I de la DIRECTIVA 2009/147/CE** de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres⁹ pero la Ley da amparo legal no sólo a éstas sino también a las catalogadas; y sólo otras especies silvestres no catalogadas ni amenazadas estarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley en el territorio español.

5. LA AMENAZA INMINENTE DE DAÑO MEDIOAMBIENTAL POR ELECTROCUCIÓN Y LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR MOTU PROPRIO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS Y PROFESIONALES.

El **artículo 2.13 de la Ley 26/2007** define la **"amenaza inminente de daño"** como *"una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo"*. En cuanto al objeto del presente estudio, por tanto, sería la circunstancia de que probablemente pueda producirse

⁹ *Artículo 4.1 de la Directiva 2009/147/CE refiere:*

1. Las especies mencionadas en el anexo I serán objeto de medidas de conservación especiales en cuanto a su hábitat, con el fin de asegurar su supervivencia y su reproducción en su área de distribución. En este sentido se tendrán en cuenta: a) las especies amenazadas de extinción; b) las especies vulnerables a determinadas modificaciones de sus hábitats; c) las especies consideradas como raras porque sus poblaciones son escasas o porque su distribución local es limitada; d) otras especies que requieran una atención particular debido al carácter específico de su hábitat. Para proceder a las evaluaciones se tendrán en cuenta las tendencias y las variaciones en los niveles de población.

una electrocución de avifauna en un periodo corto de tiempo. No debe confundirse el concepto de amenaza inminente con el concepto legal de riesgo, el cual se relaciona con las garantías financieras reguladas en la ley; es decir, las que son objeto de aseguramiento con una póliza de seguro. Admitiendo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que incorpora un margen de discrecionalidad tanto para la Administración como para el operador obligado a tomar iniciativas de prevención, la **amenaza inminente de daño ambiental por electrocución** debe cumplir en nuestra opinión diversos **requisitos** para que sea considerado un supuesto tal: debe haber una posibilidad de muerte o lesión física grave por electrocución de acuerdo con una expectativa razonable de que ocurra el hecho en un periodo breve de tiempo; y ello en relación con las condiciones técnicas constructivas de **las torres eléctricas cuya tipología constructiva suponen tal peligro** para cualquier ave amenazada que se posara en las mismas. Es decir, se comprenderían todas aquellas tipologías de torres eléctricas cuyas fases o cableado se sitúen por encima de la cruceta, sin respetar unas distancias mínimas de seguridad entre fases y/o con los puntos de amarre y, además, carentes de sistemas o materiales de aislamiento en las zonas de posada de las tres fases (cables). Estaríamos hablando, principalmente, de los apoyos metálicos con puentes flojos y aisladores rígidos simples o dobles dispuestos por encima de la cruceta, utilizados hace décadas y hoy prohibidos para líneas nuevas en el Real Decreto 1432/2008 y en Castilla-La Mancha (Decreto 5/1999) y otras CCAA, en determinadas circunstancias, precisamente, por su elevada peligrosidad para la avifauna. Naturalmente, el otro factor a considerar es que exista o pueda existir fauna amenazada en un determinado territorio; sin olvidar que las aves rapaces que son víctimas de la electrocución en los tendidos eléctricos recorren sin apenas esfuerzo un gran número

de kilómetros y que el número de electrocuciones que se producen fuera de las zonas o espacios de protección de avifauna es similar, en términos relativos, a los que se producen en dichas zonas o espacios. No resulta raro, ni mucho menos, ver incluso rapaces sobrevolando entornos próximos a cascos urbanos y alejados de sus zonas de cría o de campeo, ya que las aves, de un modo muchas veces imprevisible, y más cuando se trata de individuos jóvenes en búsqueda de territorios, sobrevuelan y buscan zonas donde pueda haber alimento. Por tanto, las amenazas no se ciernen sobre ellas sólo en las zonas de protección sino también muchísimas veces fuera de las mismas.

Por otro lado, la electrocución de una rapaz cualquiera nada tiene que ver con un supuesto de fuerza mayor o con un caso fortuito puesto que la electrocución en los tendidos eléctricos peligrosos ni es imprevisible ni es un daño inevitable, ya que la amenaza o peligro de electrocución es **perfectamente conocido cuando se trata de crucetas inapropiadas y no adaptadas; y sería fácilmente evitable** si se dispusieran otros modelos constructivos destinados a evitar la electrocución de aves rapaces; tal y como se ha comentado y se conoce desde los años ochenta y noventa. Puede afirmarse que habría **amenaza inminente de electrocución** de avifauna cuando prácticamente cualquier ave de tamaño suficiente se posara en ese poste, torre o apoyo eléctrico que por su tipología constructiva resulta peligroso por electrocución en sí mismo, quedando el ave expuesta a sufrir una electrocución desde el mismo momento en que se pose, permanezca posada, se mueva, o en el momento de alzar el vuelo, y por tanto con escasas posibilidades de supervivencia. Otra de las cuestiones muy importantes a considerar es la ausencia de determinadas especies amenazadas y catalogadas en peligro de extinción en determinadas zonas donde antes estaban presentes.

Precisamente, como consecuencia de las electrocuciones en los tendidos eléctricos antiguos y peligrosos, ha tenido lugar la total **desaparición de algunas especies en peligro de extinción en zonas que no han vuelto a ser repobladas por aquellas; donde la amenaza ya no es inminente precisamente por desaparición de estos ejemplares, o porque quedan escaso número de ejemplares donde aún ocupan algunas zonas.** Cabe recordar, como se refiere en numerosos estudios, que la electrocución es la principal causa de muerte no natural de la gran mayoría de aves rapaces. Lo mismo se señala incluso en la exposición de motivos del Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en las líneas eléctricas (BOE nº 222 de 13/09/2008): ***“hasta el punto de suponer actualmente el principal problema de conservación para especies tan emblemáticas como el águila imperial ibérica, el águila-azor perdicera u otras grandes rapaces. La electrocución afecta también a muchas especies más comunes, como águilas reales, culebreras, aguilillas calzadas, milanos negros, azores, ratoneros, cigüeñas y búhos reales, por citar algunas de las especies más afectadas. Se calcula que al menos varias decenas de miles de aves mueren cada año en España debido a los tendidos eléctricos, acarreando al mismo tiempo estas anomalías cortes e irregularidades en la distribución eléctrica”.*** Con esto queremos exponer la singularidad e importancia de la elevada peligrosidad de los tendidos antiguos para las rapaces en general; advirtiéndole de que si **no se producen más electrocuciones en determinadas zonas la razón principal, precisamente, es que tal desaparición de esos individuos de aves no es sino una consecuencia de los propios tendidos**, de modo que si el daño no es más significativo o de más enjundia, y si la probabilidad a corto plazo de que se ejecute una

rapaz en uno de esos tendidos no es muy alta todavía ello se debe fundamentalmente al haber desaparecido ya y ser víctimas estas especies de la electrocución con determinada reiteración. Así, que no sea tan inminente en urgencia la amenaza se debe incluso a los propios tendidos eléctricos cuando el número de individuos es escaso; sin que podamos pasar por alto que el concepto de inminente amenaza, en materia de tendidos eléctricos, debe interpretarse de un modo extensivo de acuerdo con el principio europeo de "*elevado nivel de protección*" atendiendo principalmente a la propia tipología constructiva del tendido y no tanto a la ausencia habitual de rapaces donde ya los tendidos electrocutaron y acabaron con tales especies y cuya presencia, ahora, podría ser ocasional. En este sentido, la expectativa razonable de que vuelva a suceder una nueva electrocución de avifauna en poco tiempo para considerar que estamos ante un supuesto de "**amenaza inminente**" es un hecho que cabe considerar más cercano a las condiciones que causan o son origen del peligro, por las características del tendido eléctrico, que por la posibilidad de que una rapaz pueda volver a posarse más temprano o más tarde en el mismo. Por "*inminente*" no debemos deducir que estamos ante un peligro actual, que también, sino de futuro próximo incierto pero cercano sin ceñirnos sólo al muy corto plazo.

En un supuesto de comparación con la "**ruina inminente**" se entiende ésta como una **situación de hecho no estática ni congelada**, como así afirma la Sentencia nº 868/2004 (Rec. 4441/1998-Id Cendoj: 28079330022004101027) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2004, **sino dinámica y evolutiva**, como afirma también el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de abril de 1993. Por otro lado, por "*inminente*" la Real Academia Española de la Lengua refiere "*que amenaza o está por suceder*

prontamente". De un modo que podríamos decir paralelo, en materia de Prevención de Riesgos Laborales se entiende como "*riesgo laboral grave e inminente*" aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores. En este sentido, la normativa de prevención de riesgos laborales refiere que no puede exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro.

Naturalmente, no resulta igual de acuciante reformar o adaptar un tendido de cruceta en bóveda que simplemente no dispone del forrado y aislamiento de sus fases eléctricas, que acometer esa labor en un tendido con montaje en cruz y aisladores rígidos simples o dobles por encima de la cruceta cuyo arreglo es más acuciante, apremiante, inaplazable y perentorio frente a la posibilidad de electrocución de un ave protegida. Pero ese mismo tendido podría ser incluso más peligroso si cabe para algunas determinadas especies como el Águila Perdicera, cuyos hábitos, en ocasiones, la llevan a posarse justamente en la parte más peligrosa del poste tratando de mimetizarse en el mismo para mejorar sus expectativas de caza de alimento.

6. OPERADORES OBLIGADOS A PREVENIR LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA.

La Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental refiere en los **apartados 10 y 11 del artículo 2** quienes son los obligados a llevar a cabo las actividades de prevención daños ambientales, en nuestro caso, de prevenir las electrocuciones y de la evitación de nuevas electrocuciones de avifauna. Así, sería **operador** "***cualquier persona física o jurídica, pública o***

privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, **controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante** sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración"; y **actividad económica o profesional** se define como "toda aquélla realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o **una empresa**, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos". De modo que se deducen obligados y sujetos a los deberes impuestos en la Ley de Responsabilidad Medioambiental las sociedades de capital, mercantiles, cooperativas, sociedades agrarias, sociedades profesionales, comunidades de bienes, comunidades de regantes, entes públicos, profesionales autónomos y un largo etcétera de entidades con otras formas de asociación. Fiscalmente, el concepto respecto de "**¿Qué es una actividad empresarial o profesional?**" se expone en la web de la AEAT como sigue: "**la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o de recursos humanos para producir o distribuir bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas. Fiscalmente se diferencia la actividad profesional de la empresarial, esto se debe a las particularidades relativas a sus obligaciones fiscales. Así, se considera un autónomo profesional, quien actuando por cuenta propia desarrolle personalmente la actividad de que se trate. Se estará ante un empresario cuando la actividad se ejerza, no como una manifestación de la capacidad**

personal, sino como consecuencia de la puesta al servicio de la actividad de una organización empresarial, desvinculada formalmente de la personalidad profesional intrínseca del profesional. Es decir, si el sujeto pasivo realiza directamente y personalmente la actividad, se considerará profesional. Si tal actividad se ejerce en una organización (por ejemplo, academia, clínica, etc.) se considerará una actividad empresarial". Por tanto, puede deducirse que únicamente quedarían al margen de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental los ciudadanos particulares cuando sean propietarios o titulares de tendidos eléctricos exclusivamente como consumidores finales (vivienda, por ejemplo) y no ligados a una actividad económica o profesional. No obstante para estos últimos, el conocimiento de un suceso previo de electrocución y, por tanto, de la problemática de su tendido sin que se dispongan medios para evitar nuevos sucesos de electrocución podrá ser objeto de sanción por la normativa de conservación de la naturaleza correspondiente como consecuencia de la ausencia u omisión de su deber de garante para con las especies protegidas siendo conscientes de la situación de peligrosidad del tendido eléctrico. En estas circunstancias, la Administración debiera notificarle el hecho y darle un plazo razonable para acometer con cierta urgencia la reforma del tendido; cosa que si no emprende y tiene lugar un nuevo suceso de electrocución de avifauna debe suponer que se le exija responsabilidad por dicha omisión.

Y en cuanto al **concepto de control de la actividad**, habría que interpretar que se relaciona con la capacidad de decidir cómo se lleva a cabo tal actividad. Es decir, tendría el control de la actividad quien tiene el dominio en la toma de decisiones de la empresa. A este respecto, en la normativa de Castilla-La Mancha encontramos regulación específica que aporta algún criterio orientativo en el **artículo 112 de la Ley 9/1999 de**

Conservación de la Naturaleza: *“1. Serán responsables de las infracciones administrativas previstas en esta Ley las personas físicas o jurídicas que: a) Ejecuten directamente la acción infractora, o aquéllas que ordenen dicha acción cuando el ejecutor se vea obligado a cumplir dicha orden; b) Sean titulares o promotoras de la actividad, obra, aprovechamiento o proyecto que constituya u origine la infracción; c) Estando obligadas por la presente Ley al cumplimiento de algún requisito o acción, omitan su ejecución. 2. Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquél o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades. 3. Cuando la infracción se derive del uso indebido de autorizaciones emitidas, su autoría se reputará a su titular”.*

Por otro lado, la propia Ley 26/2007 refiere un **régimen de responsabilidad subsidiaria** en cuanto a las obligaciones pecuniarias, y las sanciones se comprenden en ellas, en su **artículo 13.2**: *“Serán responsables subsidiarios de los deberes impuestos en esta ley y, en particular, de las obligaciones pecuniarias correspondientes, los siguientes sujetos: a) Los gestores y administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas; b) Los gestores o administradores de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, en cuanto a los deberes y obligaciones pendientes en el momento de dicho cese, siempre que no hubieren hecho lo necesario para su cumplimiento o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del incumplimiento; c) Los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio*

*de la actividad causante del daño, con los límites y las excepciones previstos en el artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre; **d) Los integrantes de administraciones concursales y los liquidadores de personas jurídicas que no hubieran realizado lo necesario para el cumplimiento de los deberes y las obligaciones devengados con anterioridad a tales situaciones**".*

En cuanto al ámbito territorial de las obligaciones impuestas por la Ley 26/2007, la obligación de tener y mantener un tendido eléctrico en condiciones idóneas que eviten la electrocución de avifauna no deriva sólo de lo dispuesto en el RD 1432/2008 ni es aplicable únicamente respecto de esas zonificaciones (las llamadas "mallas de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución" en Castilla-La Mancha) establecidas en su artículo 4 por las Comunidades Autónomas. Tal deber deriva y es también exigible en aplicación del artículo 17 de la Ley 26/2007, del principio de quien contamina paga y del principio ambiental de mercado (cada cual debe hacer frente y a su propia costa de los costes ambientales que su actividad genere). En este sentido, la Ley 26/2007 (LRM) no discrimina ni distingue respecto del deber de prevenir y evitar nuevos daños ambientales entre mallas o fuera de ellas ni refiere nada sobre Zonas de Especial Protección de Aves u otros Espacios Naturales Protegidos; y tampoco la Directiva de Responsabilidad Medioambiental limita su aplicación a unos determinados territorios o espacios protegidos. En primer lugar, el Real Decreto 1432/2008, que tiene por objetivo resolver el problema de las electrocuciones al menos en unas determinadas zonas prioritarias de elevada sensibilidad ambiental, no hace ninguna referencia a la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental aun cuando se publicó diez meses atrás. Además, tampoco la LRM hace referencia a financiación pública como hace el Real Decreto 1432/2008 para condicionar una obligación general de prevención, que es

exigible respecto del cualquier operador económico, con independencia de la existencia de financiación o subvención pública. A este respecto el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJ-CLM) ha calificado de fórmula meramente programática y de fomento tal anuncio de financiación incorporado en la Disposición Adicional Única del RD 1432/2008, y no siendo una verdadera obligación para la Administración establecer un programa de ayudas públicas como sí lo es cumplir con las obligaciones de impedir el hecho de la electrocución de avifauna. Tratándose de un operador de distribución eléctrica, ni siquiera con la LRM es necesario que se les requiera ante una situación de amenaza inminente porque la propia LRM les obliga a conocer por sí mismos las amenazas inminentes de daños medioambientales que su actividad pueda conllevar y a informar a la Administración con prontitud de ello. Si, además, los tendidos eléctricos peligrosos se sitúan en zonas o mallas de protección (ZEPA, áreas de campeo, etc.) y el plazo para presentar y ejecutar un proyecto referido en el RD 1432/2008 está vencido (en CLM terminó en enero de 2011) pocas razones para deducir que los incumplimientos a sus deberes de prevención de daños por electrocución deben ser objeto de sanción por omisión negligente cuando ello haya supuesto la electrocución de una especie protegida. Pero aunque no constara todavía un animal electrocutado, tratándose de un tendido peligroso que suponga una amenaza inminente de electrocución tanto si es dentro como si es fuera de esas zonificaciones (mallas) los operadores económicos y profesionales tienen un deber de prevenir y también de evitar nuevos daños ambientales que si no cumplen es sancionable por vía adicional y complementaria de la Ley 26/2007 o de la norma autonómica correspondiente o, en su caso, con base en las tipificaciones de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

7. OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DE DAÑOS Y OBLIGACIONES DE EVITACIÓN DE NUEVOS DAÑOS AMBIENTALES POR ELECTROCUCIÓN DE AVIFAUNA.

Las **actividades de transporte y distribución eléctrica no están incluidas en el Anexo III de la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM)**. De haberse incluido expresamente en tal Anexo, o en caso de que se incluyan en un futuro esas actividades en una norma legal autonómica, ello supondría que los operadores económicos y profesionales de cualquier sector se verían obligados a asumir su deber de reparación de daños medioambientales conforme a una responsabilidad de carácter objetivo o sin culpa. Es decir, simplemente con la determinación del nexo causal entre el daño ambiental y la actividad desarrollada, el operador debiera afrontar los deberes de reparación. No obstante lo anterior, puesto que ninguna Comunidad Autónoma ha tomado la iniciativa de ampliar el Anexo III respecto de las empresas distribuidoras eléctricas, con el régimen actualmente vigente, **tanto para todas aquellas actividades incluidas en el Anexo III como para las no incluidas, la Ley de Responsabilidad Medioambiental establece un régimen general de obligaciones de carácter preventivo y de evitación que en caso de resultar incumplidas generan responsabilidad medioambiental de carácter subjetivo**; es decir, concurriendo culpabilidad por dolo (directo o eventual), culpa o negligencia. En este régimen subjetivo la reparación del daño se liga a la comisión de una infracción administrativa desde el punto de vista "*tradicional*" y conocido de siempre en nuestro derecho. Aunque después veremos como un hecho

antijurídico no considerado infracción también puede ser objeto de la obligación legal de reparar. Igualmente, en caso de que la infracción fuera penal, el daño a reparar se relaciona con la previa comisión del delito. Esta sería **la configuración legal** que parte directamente en nuestro derecho del **artículo 45.3¹⁰ de la Constitución Española**, que establece como un deber del infractor efectuar la reparación de daño al medioambiente. La **diferencia** entre estos dos sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva se daría en que en el primero el hecho de la reparación es obligado simplemente concurriendo el nexo causal del daño con el origen de la actividad que lo ha causado; y al margen de que haya o no culpabilidad del responsable. En cambio, en el segundo sistema, el de responsabilidad medioambiental subjetiva, resulta necesario que concurra el dolo, la culpa o la negligencia en el cumplimiento de un deber de prevención o de evitación de nuevos daños. Así, en el caso de las electrocuciones de avifauna en los tendidos eléctricos, en todo caso, y a falta de que se configurase en un futuro una modificación legal de carácter objetivo, lo que nos ofrece el derecho vigente actual es un régimen de responsabilidad subjetiva ligado a unos deberes de prevención y evitación del hecho de la electrocución en el que los incumplimientos de estos deberes pueden dar lugar a responsabilidad subjetiva o de carácter culposo. En todo caso, ambos sistemas tienen **en común** que cuando deba darse **la reparación**, ello se haga conforme se determine en la Ley 26/2007 o aplicando otras normativas ambientales que regulen la reparación. Acudiendo al sistema general de responsabilidad subjetiva establecido en la Ley 42/2007, de Patrimonio

¹⁰ *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Natural y Biodiversidad, en su **artículo 79¹¹** se establecen los conceptos generales con referencias explícitas a la Ley 26/2007. Como puede deducirse del precepto anterior, la responsabilidad subjetiva o culposa tradicional requiere de un acto u omisión que conlleve un hecho antijurídico y la comisión de una infracción. De igual manera, las legislaciones de conservación de la naturaleza y de vida silvestre de las Comunidades Autónomas han configurado en sus leyes respectivas **las tipificaciones** que describen las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones y obligaciones accesorias de reparación del daño causado. Tomando

¹¹ “Disposiciones generales. **1.** Las **acciones u omisiones que infrinjan** lo prevenido en la presente Ley generarán responsabilidad de naturaleza administrativa, sin perjuicio de la exigible en vía penal, civil o de otro orden a que puedan dar lugar. **2. Sin perjuicio de las sanciones** penales o administrativas que en cada caso procedan, **el infractor deberá reparar el daño** causado en la forma y **condiciones fijadas en la Ley 26/2007**, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. El infractor estará obligado a **indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados**, en los términos de la correspondiente resolución. **3. La valoración de los daños** al medio ambiente necesaria para la determinación de las infracciones y sanciones reguladas en este Título se realizará de acuerdo con el **método de evaluación** a que se refiere Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y sus disposiciones de desarrollo. **4.** Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades. **5.** En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”.

como ejemplo la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha, se ha tipificado de forma separada el deterioro, la destrucción o la causación de la muerte de las especies silvestres amenazadas en tres niveles y sus correspondientes artículos: el artículo 108.6 cuando se trata de especies catalogadas en peligro de extinción; el artículo 109.26 cuando se trata de especies vulnerables, y el artículo 111.25 cuando se refiere a especies de interés especial. En el ámbito estatal, con el carácter de básico, el artículo 80.1 hace lo propio en sus apartados b), cuando se trate de especies en peligro de extinción; k), para las vulnerables; y o), para las de Régimen de Protección Especial que no estén catalogadas.

8. LOS DEBERES GENERALES DE PREVENCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES Y DE EVITACIÓN DE NUEVOS DAÑOS AMBIENTALES.

Aunque **la Directiva 2004/35/CE RM no distingue entre las obligaciones de prevención de daños y de evitación de daños** ambientales, pues ambos conceptos se contienen en su definición de "**medida preventiva**"¹² cuando "*haya supuesto una amenaza inminente*", e incluso vuelve a incluirse la evitación en el concepto de "**limitar o impedir mayores daños**" cuando regula la acción reparadora en el artículo 6, el

¹² **Artículo 2.10 de la DRM:** "**«medida preventiva»**, toda medida adoptada en respuesta a un suceso, acto u omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir o reducir al máximo dicho daño".

legislador español sí ha diferenciado¹³ lo que son deberes generales de prevención de daños ambientales respecto de los deberes de evitación de nuevos daños ambientales cuando ya se ha constatado un daño ambiental previo o anterior. En todo caso, en el texto de la Ley 26/2007 ambas obligaciones se regulan y redactan siempre interrelacionadas unas con las otras. Así, mientras el artículo 3.1.b) de la Directiva 2004/35/CE refiere su aplicación respecto únicamente de los daños a las especies protegidas causados por cualesquier actividades distintas de las enumeradas en su Anexo III, y ante una amenaza inminente de daños y cuando haya habido culpa o negligencia, incluyendo las medidas de evitación de nuevos daños dentro del artículo 6 que regula la “**reparación**”¹⁴, el legislador español distingue y conceptúa las medidas de **prevención**, asociándolas a

¹³ Artículo 2 LRM: “14. «**Medida preventiva**» o «*medida de prevención*»: Aquélla adoptada como respuesta a un suceso, a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño.

15. «**Medida de evitación de nuevos daños**»: aquélla que, **ya producido un daño medioambiental**, tenga por finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera”.

¹⁴ Artículo 6 DRM- **Acción reparadora**: Cuando se hayan **producido daños** medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará: a) todas las medidas posibles para, **de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente** de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, **con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales** y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios.

la existencia de una amenaza inminente de daño, de las medidas de **evitación de nuevos daños**, asociándolas a la existencia de un daño ya producido con el objetivo de limitar o impedir mayores daños ambientales y efectos adversos. Se trataría de medidas para contener o limitar los riesgos de que los daños ambientales sean o fueran mayores. Sin embargo, jurídicamente, no son medidas de reparación sino que vendrían a ser las tradicionales medidas complementarias, hoy llamadas "*disposiciones cautelares precisas*¹⁵" para garantizar la eficacia de la resolución sancionadora. No obstante, ambas **obligaciones** tienen en la LRM, finalmente, el objetivo de la evitación de forma inmediata del hecho dañoso tanto cuando sólo es una amenaza inminente como cuando ya se ha producido el daño; en el primer caso, por la existencia de la posibilidad; y, en el segundo, para evitar un nuevo daño cuando se ha constatado otro daño anterior. Y en ambos casos, también las medidas de evitación de nuevos daños son obligatorias "**en los mismos términos**¹⁶" que cuando hay una amenaza inminente de daño; es decir, se deben adoptar sin demora, y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo, con independencia de que se esté o no obligado a reparar. Por ello, el operador debe adoptarlas sin esperar a que exista un requerimiento previo o una resolución administrativa tras la tramitación de un procedimiento con una fase de alegaciones. Así, el legislador hace garantizar al operador que evite nuevos daños, sin necesidad de dictar medidas cautelares y sin esperar a que se notifiquen, pues traslada al operador la iniciativa y la urgencia de su adopción y le obliga, además, a informar con celeridad a la autoridad competente respecto del daño, su evolución, persistencia de la amenaza de nuevos o mayores daños y medidas

¹⁵ Artículo 90.3 de la Ley 39/2015.

¹⁶ Artículo 17.2 de la Ley 26/2007.

adoptadas. Además, la Administración, ante un supuesto de inactividad o actividad inadecuada o incompleta puede instar al operador a que adopte medidas inmediatas tanto de prevención como de evitación de nuevos daños o, incluso, ejecutarlas a su costa.

Estas **dos obligaciones**, de prevención de las amenazas inminentes de daño y de evitación de nuevos daños ambientales, **se predicán respecto de cualquier operador económico y profesional**. Cabe hacer un inciso importante en cuanto a que **la amenaza inminente debería entenderse ampliada también ante la existencia de indicios**; pues en la redacción inglesa de la Directiva se mencionan también las **sospechas de inminencia**. A este respecto, tanto las empresas del sector de transporte y distribución eléctrica como otras empresas o profesionales que fuesen titulares o propietarios de instalaciones industriales (los tendidos eléctricos) no inscritas en el Registro de Instalaciones Industriales, están obligados por los artículos 17.1 y 17.2 de la LRM a adoptar medidas de prevención de las electrocuciones de avifauna así como también las de evitación de nuevos daños. Y si concurriera dolo, culpa o negligencia, además, las obligaciones de reparación (artículo 3.2 de la LRM). Por tanto, **cualquier operador del sector eléctrico** que realiza una actividad económica o profesional, con independencia de que concurra o no dolo, culpa o negligencia, **debe cumplir con sus obligaciones de prevenir y evitar los daños ambientales**. Refiere la Ley que ello es así aun cuando no estén los operadores obligados a adoptar medidas de reparación, en caso de no darse la responsabilidad subjetiva, pues en este caso se incluiría, además, la obligación de reparar. Es decir, en todo caso tales obligaciones de **prevención y evitación resultan exigibles a todos los operadores** del sector de transporte y distribución eléctrica; y sus incumplimientos no son eximibles de responsabilidad

nunca para los mismos. Lo que difiere en cuanto al hecho de que hubiere o no de repararse estaría ligado a la inexistencia de dolo, culpa o negligencia; según se deduce del **artículo 3.2 de la Ley 26/2007** de Responsabilidad Medioambiental¹⁷. Es decir que si no concurre el elemento subjetivo no habría que repararse; y si concurriera, entonces, la reparación también es obligatoria.

9. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICAR A LA AUTORIDAD COMPETENTE LA EXISTENCIA DE AMENAZA INMINENTE DE DAÑOS Y LA PROPIA EXISTENCIA DE DAÑOS Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y DE EVITACIÓN ADOPTADAS.

El **artículo 9.2 de la Ley 26/2007**, transponiendo a derecho interno el artículo 6.1.a)¹⁸ de la DRM establece que *“Los operadores de cualesquiera actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están*

¹⁷ *Esta ley también se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III, en los siguientes términos: a) Cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación; b) Cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y de evitación.*

¹⁸ *Artículo 6.1.a): todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales ...*

*obligados a comunicar de forma inmediata a la autoridad competente la existencia de daños medioambientales o la amenaza inminente de dichos daños, que hayan ocasionado o que puedan ocasionar". El precepto obliga a los operadores a que hagan esa comunicación "lo antes posible...y respecto de todos los aspectos pertinentes de la situación...cuando no desaparezca la amenaza inminente de que se produzca daño ambiental pese a las medidas preventivas adoptadas por el operador..."¹⁹. De esta manera la Administración tiene la posibilidad de emprender actuaciones o ejercer las potestades previstas en los artículos 18, 21, 22 y 23 de la Ley. El legislador español, además de las amenazas inminentes, ha avanzado respecto de la Directiva, añadiendo también la obligación de comunicar la existencia de daños ambientales. Y en **artículo 17.4 de la LRM** refiere que tal comunicación inmediata también se hará respecto de las medidas de prevención y evitación de nuevos daños adoptadas. Y en el **artículo 19.2 LRM** también se expone la obligación de adoptar de inmediato las medidas de evitación de nuevos daños así como comunicarlo de forma inmediata; y cuando concurra dolo, culpa o negligencia, también la obligación de adoptar las medidas de reparación.*

10. INEXIGIBILIDAD DEL COSTE DE LA PREVENCIÓN, EVITACIÓN Y REPARACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES.

La DRM se ocupa de casos de daño medioambiental de carácter significativo; aplicándose el principio de "**quien contamina paga**" que recoge el **artículo 191 del**

¹⁹ Artículo 5.2 de la Directiva 2004/35/CE

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el sentido de que **la sociedad no debe asumir los costes financieros que una actividad industrial provoca por daños medioambientales apreciables y que son causados por empresas y profesionales**. En consonancia con este principio, el operador responsable debe tomar las medidas preventivas y sufragar todos los costes que esa inversión requiera. El daño se considera resuelto cuando el medio ambiente ha sido devuelto a su ser y estado anterior. La DRM cubre los daños causados a la biodiversidad (especies y hábitats naturales protegidos), el agua y el suelo pero no es aplicable respecto de los daños llamados tradicionales (daños a la propiedad, muerte y lesiones corporales o pérdidas económicas). Tal obligación de asumir esos costes financieros, se contempla expresamente en los **“considerando” nº 2 y nº 21 de la DRM, que luego se trasladan al artículo 8.1 de la misma, cuya literalidad es la que sigue: “El operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva”**. A este respecto, el legislador español ha hecho la transposición a derecho interno exigiendo a todos los operadores económicos y profesionales que cumplan con las obligaciones de prevención y de evitación de daños; y sólo cuando concurra culpa o negligencia les obliga también a asumir la reparación. Esta opción no resulta extraña en nuestro derecho. Específicamente el tema de electrocuciones y fauna, tal y como se contempla en el **artículo 9 de la Ley 21/1992 de Industria, ya prevé en general la necesidad de evitar los daños por electrocución a personas y fauna. Y nada se señala, porque se da por sobreentendido, que es el obligado titular de la instalación industrial quien debe llevar a cabo esas medidas y asumir su coste**. No obstante, el ordenamiento jurídico tradicional español venía vinculando la obligación de reparar a la comisión de una

infracción. Sin embargo, la obligación de reparar viene siendo independiente y no considerada como un elemento más de la sanción sino como una medida distinta, tal y como luego expondremos al tratar la jurisprudencia existente al respecto.

Como decíamos, la Ley 26/2007 extiende los deberes de prevención [con amenaza inminente (artículo 17.1) u otra amenaza sin ese carácter si ya hay un daño constatado] y de evitación de nuevos daños a todos los operadores económicos y profesionales de cualquier actividad. Fija un sistema de responsabilidad basado en el cumplimiento de unas obligaciones legales de carácter preventivo y atribuye a los operadores **el deber de conocer los daños ambientales que su actividad genere**. En este sentido, la **Sentencia nº 60/2015 del TSJ Tenerife**, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª (Recurso 88/2014 - Id Cendoj: 38038330022015100103) en relación con una refinería de Cepsa que cuestionaba que se le exigieran mayores controles cuando la Administración había elevado el contenido de exigencias en una Autorización Ambiental Integrada (AAI) respecto del tema de emisiones industriales refiere lo siguiente: "**la obligación de información deriva del derecho comunitario y ya había sido prevista en la Ley 26/07 de responsabilidad ambiental** cuya exposición de motivos acentúa la importancia de las obligaciones en materia de prevención y evitación de daños medioambientales frente a todo tipo de comportamientos, tanto dolosos o negligentes, como meramente accidentales o imprevisibles. Por ello se establece la **obligación general de informar a la autoridad competente los daños medioambientales o su amenaza inminente** (artículo 9.2 y otros) y el incumplimiento de esta obligación constituye también infracción administrativa (artículo 37.3).

Consideramos que **el derecho de la entidad recurrente a realizar una actividad industrial potencialmente muy contaminante está condicionado al cumplimiento de una serie de deberes para prevenir y controlar el riesgo que genera la actividad y paliar y reparar el daño medioambiental hipotético pero gravísimo en cuya consideración ha de ponderarse la obligación de información impugnada.** De la misma manera que el titular de un vehículo es su responsable y por tanto "debe conocer en todo momento quien lo conduce" y comunicarlo a Tráfico si es requerido para ello (por todas STC 154/94) a causa del "riesgo potencial que la utilización de un automóvil entraña para la vida, salud e integridad de las personas...La exposición de motivos de la reforma legal se encabeza justamente aludiendo al objetivo de prevenir y evitar la contaminación desde su origen antes de que sea necesaria la minimización de sus efectos o la restauración de los recursos afectados conforme al principio "quien contamina paga". Consideramos que **no se trata sólo de prevenir más contaminación sino de comprobar la que se haya podido producir en otros tiempos y actuar en consecuencia ante la magnitud del riesgo inherente a la industria autorizada. La entidad recurrente no puede desconocer la antigüedad desde la que se viene realizando y la despreocupación ambiental de otros tiempos ante el potencial contaminante de las actividades industriales** de Cepsa. Son las circunstancias particulares de la actividad las que justifican el incremento de los mínimos previstos en la norma. No tendría sentido que la AAI se limitara a reproducir el Ordenamiento Jurídico. Por ello **está justificada una mayor exigencia y periodicidad** del mínimo de diez años previsto en el Real Decreto 815/13. Además, la medida impuesta puede ser modificada en función de los resultados obtenidos en los controles realizados

revisando la periodicidad o las características de los controles. Por lo tanto, **si como afirma la entidad recurrente según sus propios informes el subsuelo no está contaminado así lo revelarán los nuevos controles y quedará cumplimentada la condición a que se somete toda AAI consistente en garantizar que el suelo no está previamente contaminado. Entretanto, el deber del titular de la autorización es comprobar la situación del subsuelo y descontaminarlo en su caso y cumplir todas las medidas necesarias para que el suelo no se contamine**". Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo suya la tesis de la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de marzo de 2015**, asunto C-534/13 que no nombra expresamente, tiene igual criterio y deja claro que la obligación del operador es conocer los riesgos ambientales que otro sujeto generó y respecto del que otro operador distinto actual mantiene una actividad en la que es obligado a llevar a cabo las medidas para minimizar los riesgos ambientales. Podríamos decir, que las obligaciones medioambientales serían tratadas como una especie de obligaciones "reales" ligadas a la cosa o la actividad que se viene realizando. Aunque el caso analizado se refiere a la imposición de esos deberes a través de la modificación de una Autorización Ambiental Integrada, la ausencia de ese contenido tampoco supone ni exime al operador de llevar a cabo esa toma de conocimiento de sus riesgos o amenazas de daños ambientales ni de los deberes de prevenir y evitar un daño medioambiental conforme a la Ley 26/2007; por lo que parece lógico que desde que incurra en una omisión negligente o culposa en ese sentido, se le podrá exigir responsabilidad. Hasta aquí, en términos generales, ninguna novedad conceptual con nuestro ordenamiento tradicional. Pero de la lectura del artículo 9.1 de la Ley 26/2007, podría parecer que se condiciona la obligación de sufragar tales costes de prevención, evitación y reparación al hecho de que los

operadores resulten "*responsables de los mismos*" (inciso final del primer párrafo); pero esta posibilidad interpretativa debe quedar totalmente descartada puesto que se comprende que **el principio "quien contamina paga" lo que pretende es que sean los operadores los que asuman tales costes, tal y como se recoge en la Directiva RM**, pero no puede deducirse que existe opción de que los costes de prevención y evitación no tuvieran que ser asumidos por aquellos a la vista del Considerando 18; pues ello entra en abierta contradicción con el principio de "*quien contamina, paga*". Por tanto, las medidas de prevención y evitación son exigibles respecto de cualquier operador económico y profesional; y sólo para el supuesto de las actividades contaminantes del Anexo III, cuando estuvieran exentas de culpabilidad, dolo o negligencia, y se hubiese cumplido estrictamente con el contenido de la autorización específicamente ambiental habría que interpretar que no sería exigible a los operadores de tal Anexo III asumir los costes de tales medidas de reparación, y bajo las premisas señaladas en los artículos 14.1 y 15.2 de la Ley 26/2007; así como teniendo en cuenta además que únicamente serían recuperables los costes de las medidas de reparación pero en ningún caso los de prevención y los de evitación de nuevos daños por tales operadores del Anexo III.

Concretamente y referido a **daños a especies protegidas por parte de cualquier operador económico y profesional** de actividades que entrañan un riesgo real o potencial para las mismas, el **Considerando 9 de la DRM contempla que el operador sólo debe ser responsable cuando haya incurrido en culpa o negligencia**. De modo que el Considerando 9 también se ajusta al sistema tradicional de exigencia de responsabilidad culposa. Así, ningún avance se ha producido en nuestro derecho que no estuviera ya previa y legalmente configurado. Conviene

aclarar que lo que es efectivamente de carácter objetivo es la obligación legal de prevenir tales amenazas dañosas; siendo su incumplimiento o el cumplimiento negligente lo que aboca a la exigencia de responsabilidad medioambiental de carácter culposo o subjetivo.

Conforme se determina en el **artículo 14.1 de la Ley 26/2007**, el operador que lleve a cabo cualquier actividad no incluida en el Anexo III de la Ley, como la del sector del transporte y distribución de electricidad (que no está incluida en el mismo) no está obligado a asumir los costes de prevención, evitación y reparación, *“cuando **demuestre** que los daños medioambientales o la amenaza inminente de tales daños se produjeron **exclusivamente** por cualquiera de las siguientes causas: a) La **actuación de un tercero ajeno** al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; b) El **cumplimiento de una orden** o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, ... excepto que se trate de una orden o instrucción dictada para hacer frente a un incidente generado previamente por la propia actividad del operador”*. Es decir, que si se trata de órdenes o instrucciones de prevención o de evitación de nuevos daños contempladas en el artículo 18.b) y c) de la Ley no cabe la posibilidad de reclamar frente a la Administración. Naturalmente, el operador del sector eléctrico debe cumplir con sus obligaciones de prevención y evitación de nuevos daños ambientales en materia de electrocuciones con independencia de que deba o no asumir los costes en los que incurra pues se trata de obligaciones independientes de la posibilidad posterior de recuperarlos. Los supuestos que excepcionan de la obligación de asumir tales costes los refiere el legislador para actuaciones ajenas e impropias de la actividad del sector y que debe por sí mismo asumir conforme al principio de quien contamina paga. Por lo

que, en consecuencia, **las órdenes de la autoridad que se dirijan a exigir el cumplimiento de sus deberes de prevención y evitación no son resarcibles**²⁰. Sí lo serían aquellas otras en las que la orden fuese claramente un error achacable a la Administración que obligue al operador a apartarse de esos deberes que la Ley le exige. No vemos ciertamente aplicable en la realidad práctica tales excepciones cuando abordamos esos supuestos en materia de electrocuciones. Por ejemplo, por una mala calidad del producto frente al fabricante entendemos que el operador podría reclamarle a aquél; por una certificación de calidad que después se demuestra incorrecta, igualmente podría ser uno de los supuestos de difícil acontecimiento; o incluso si nos ponemos en el absurdo de que una persona hubiera dejado carroña en lo alto de un tendido, con riesgo incluso para su propia vida, e ideado algún método para atraer una rapaz con no se sabe qué fines, y que ésta se electrocutara por ello; o, por ejemplo, por el robo de materiales de aislamiento, que son algunas de las medidas de seguridad en un tendido adaptado y eficaz para evitar las electrocuciones; o en el absurdo de que una orden de la Administración conllevara la realización de alguna actuación que supusiera ir en contra de esos deberes generales de prevención y evitación de daños ambientales. En estas situaciones el operador podría reclamar a ese tercero ajeno, al fabricante o a la autoridad que le dio la orden. Por tanto, no vemos muy viable que en la práctica llegara a darse un caso.

²⁰ **2º párrafo del artículo 14.1.b) de la Ley 26/2007:** Se exceptúan los supuestos en los que la orden o la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador.

Como puede deducirse, los deberes de prevención de daños y de evitación de nuevos daños, así como si concurre responsabilidad subjetiva los de reparación, no pueden dejar de ser cumplidos por el operador de cualquier actividad económica o profesional, ni por los operadores de las actividades incluidas en el Anexo III. Son deberes configurados en la Ley con carácter general.

La transposición de la Directiva 2004/35/CE a derecho interno no ha seguido los mismos esquemas que los seguidos en aquélla; además, de que expresamente en la Directiva 2004/35/CE se hacen continuas referencias a las distintas posibilidades que los Estados miembros tienen para avanzar más allá de la misma o para establecer otros supuestos de responsabilidad. En primer lugar, ya hemos dicho que **la Directiva 2004/35/CE engloba los costes de reparación dentro del mismo concepto que los deberes de evitación de nuevos daños** puesto que se refiere a éstos como todos aquellos que tienen por objeto limitar o impedir mayores efectos adversos o daños ambientales; mientras que **en la Ley 26/2007 se han regulado de forma diferenciada distinguiendo el concepto de reparación del concepto de la evitación de nuevos daños**. Por tanto, centrándonos exclusivamente en la **responsabilidad subjetiva** que pueda exigirse a operadores económicos y profesionales distintos de los contemplados en el Anexo III de la Ley; es decir, refiriéndonos a las empresas de distribución eléctrica y a otros titulares de tendidos que fueran operadores económicos y profesionales de cualquier actividad, sólo merece un análisis el **artículo 15.2** de la Ley a los efectos de deducir si el operador puede o no eximirse de responsabilidad, previendo el texto legal lo siguiente: *“El operador no estará obligado a sufragar el coste imputable a **las medidas reparadoras cuando demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia** y que concurre alguna de las siguientes*

circunstancias:... que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento". El concepto engloba la tradicional obligación de reparar del sujeto declarado responsable por la comisión de una infracción pero adicionando **dos circunstancias**: primero, incorpora el deber del operador de **conocer** qué actividades de las que desarrolla son potencialmente perjudiciales para el medioambiente; y segunda, que después refiere la **obligación de emplear las mejores tecnologías disponibles²¹ (MTD) para prevenir los daños ambientales o para evitar los nuevos daños** que su actividad genere. De modo que el legislador español cierra el círculo de la tradicional responsabilidad subjetiva añadiendo a los requisitos de subjetividad (dolo, culpa o negligencia) los deberes de prevenir, tomando previo conocimiento de los riesgos ambientales de su actividad; y después exigiendo el uso de las MTD para evitar nuevos daños ambientales. Pero a todo ello, se mantiene la tradicional obligación de reparar del ámbito subjetivo culpabilístico.

Sobre la cuestión del momento en que se produce la actividad dañina, hay que traer a colación **la importantísima Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 01/06/2017 (Asunto C-529/15), que se aparta de considerar que se esté produciendo una aplicación "retroactiva" de la**

²¹ El artículo 191.3 TFUE refiere: "3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles,..."

Directiva 2004/35/CE de RM respecto de instalaciones autorizadas y puestas en marcha antes de la entrada en vigor de la Directiva 2004/35/CE (30 abril 2007: igual que hace la Ley 26/2007). El TJUE, aunque se trate de instalaciones autorizadas (podríamos llamarlas "*legales*") antes de la entrada en vigor de la Directiva 2004/35/CE, considera, en primer lugar, que los daños generados por esa instalación **son daños ambientales**. Es decir, el hecho de que se produzcan en una instalación autorizada no les exime de considerarse daños ambientales. Así, la mortalidad que causaba la central hidroeléctrica objeto de análisis en la Sentencia por las altas oscilaciones en el nivel de las aguas del río se consideran **sucesos o incidentes que producían daños ambientales nuevos o actuales; es decir, que son daños de hoy, del presente;** por lo que la Directiva 2004/35/CE es aplicable aunque la instalación generadora de esos daños tenga autorización y se haya puesto en marcha su funcionamiento antes de que entrara en vigor la Directiva 2004/35/CE. Por las mismas consideraciones de la Sentencia del TJUE, los tendidos eléctricos, aunque estén autorizados, si electrocutan avifauna hoy, tales sucesos se consideran daños ambientales actuales, y por ello sujetos a la Directiva 2004/35/CE y a la LRM respecto de los que cabe exigir el cumplimiento de los deberes de implantar medidas de prevención y de evitación de nuevos daños aunque dispongan de autorización. Y si hay dolo o culpa (o es actividad del anexo III) también afrontarse la reparación. Así pues, la posibilidad de aplicación e invocabilidad de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental respecto de cualquier asunto relacionado con la prevención y reparación de daños ambientales en los supuestos que se regulan en la misma; sea cual sea la Ley concreta medioambiental o "*sustantiva*" (residuos, conservación de la naturaleza, montes, caza, urbanismo, AAI, evaluación ambiental, etc.) que se aplique, que también

suele incorporar preceptos relacionados con la "reparación del daño causado", no se hace de un modo retroactivo sino actual de los daños antijurídicos no amparados por esas autorizaciones no ambientales ni específicamente autorizados por la autoridad ambiental. Conviene distinguir una cuestión que resulta confusa para las distintas Autoridades "Industriales". En primer lugar, Industria aplica y exige que se cumpla la normativa en vigor en el momento de la concesión de la autorización. No tiene por qué hacer cumplir otra normativa a menos que el legislador llevara a cabo la modificación de la norma para incorporar esa jurisprudencia europea en materia de responsabilidad medioambiental. Entendemos que la modificación legal debiera hacerse para adecuarse una norma sustantiva a la norma ambiental. Pero no esperamos que esta posibilidad se lleve a cabo en tanto se tome la iniciativa por parte de las autoridades ambientales instando a Industria a ello. Naturalmente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica de la norma sustantiva y del operador jurídico de la Administración de Industria, sólo la modificación debidamente aprobada resulta exigible de cara a futuro y con las condiciones insertas en la nueva norma. Pero la autoridad ambiental tiene otra función que cumplir y el TJUE ha marcado las líneas a seguir en cuanto a medioambiente se refiere.

En cuanto a lo expuesto, siempre que se trate de un operador económico cualquiera, con mayor razón si es una empresa distribuidora a la que es exigible una diligencia máxima, puede hablarse de culpabilidad por incumplir un deber de prevenir las amenazas inminentes de daños y de evitar nuevos daños ambientales que causan los tendidos peligrosos en la avifauna. Tanto la jurisprudencia española (STS de 16/01/1989 RJ 101 relativa a un serie de daños industriales; STS de 19/10/1988 RJ 7588; y STS de 04/10/1994 RJ7452) como la jurisprudencia del TJUE (Sentencia de

01/06/2017) han emitido pronunciamientos en los que exponen que **el simple hecho de tener una autorización y cumplirla no constituye en sí misma una causa de exoneración ni elimina la antijuridicidad del daño ambiental.** Por ello, la doctrina más reputada no ha tardado en criticar duramente la redacción de este tipo de exención apuntando que el propio resultado dañoso sugiere que no se obró con la diligencia debida o las medidas adoptadas fueron insuficientes. Por ello, consideramos que esta opción del legislador, dejando quizá algo confusa la cuestión, no responde sino a las presiones de ciertos sectores económicos afectados: los operadores obligados a adoptar las medidas preventivas y reparadoras del daño ambiental, y ha tenido por consecuencia escasa aplicación práctica de la LRM; no así para la doctrina y la jurisprudencia que luego citaremos. Así pues si se admite el "*riesgo de desarrollo*" como causa de exoneración, de acuerdo con el principio de precaución, no puede admitirse el hecho de que la autoridad pública no haya reconocido y señalado expresamente todavía la peligrosidad de una cierta actividad en un determinado territorio o ámbito si resulta conocido científicamente que una concreta tipología de tendido es por construcción peligrosa para la avifauna. En nuestra opinión, sólo sería viable tal exoneración cuando el debate científico y tecnológico pudiera plantear una duda y no fuera posible averiguar que la actividad en cuestión podía o no provocar un daño ambiental; lo que no sucede en el caso de las muertes de avifauna en los tendidos eléctricos antiguos por cuanto que la tecnología que evita las electrocuciones se conoce desde hace décadas no sólo por las empresas eléctricas distribuidoras sino también por la propia Administración y por las ONG´s ambientales, que desde siempre se interesaron por exigir su implantación con una tipología constructiva adecuada desde los años ochenta. Por tanto, la actividad de distribución eléctrica

utilizando los llamados apoyos o torres metálicas con una tipología constructiva antigua e inadecuada por ausencia de suficientes distancias entre el cableado eléctrico, su disposición por encima de la cruceta (parte de arriba del apoyo) donde se amarran esos cables y su falta de aislamiento, sería y es *a priori* y por sí misma una actividad desarrollada de forma peligrosa para la avifauna hasta que esas crucetas hubieran sido adaptadas con el uso de otra tipología constructiva más moderna como las usadas y exigidas actualmente cuyas distancias entre cables o fases son más amplias, están dispuestos por debajo y no apoyados sobre la propia cruceta, y además están forrados de material aislante eficazmente colocado.

11. EL CARÁCTER DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL SIN SER EL INICIAL CAUSANTE DE LA CONTAMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.

En este punto, hemos de hacer referencia a la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de marzo de 2015, asunto C-534/13**. La Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la **interpretación de los principios del Derecho de la Unión en materia medioambiental**; en particular, los de quien contamina paga, de cautela, de acción preventiva y de corrección de los atentados al medio ambiente, insertos en la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. El TJUE resuelve que la Directiva 2004/35 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, cuando es imposible identificar

al responsable de la contaminación de un terreno u obtener de éste las medidas reparadoras, no es invocable para impedir a la autoridad competente, conforme a su legislación nacional, imponer la ejecución de las medidas preventivas y reparadoras al propietario de dicho terreno que no fue responsable de la contaminación, al que se exige únicamente, según normativa nacional, reembolsar los gastos relativos a las actuaciones realizadas por la autoridad competente. Es decir, que **el TJUE considera que la Directiva no es invocable para excluir la aplicación de una norma nacional cuando no sea aplicable alguna normativa de la Unión**. Así, sobre el *“operador” propietario del terreno pero no causante del hecho dañino* señala que compete al mismo, pues se encuentra en el origen del daño medioambiental, adoptar la iniciativa de proponer las medidas reparadoras que considere adecuadas, siendo este operador a quien la autoridad competente puede obligar a adoptar las medidas necesarias y a sufragar los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras. La normativa nacional enjuiciada en la Sentencia exige a los operadores no responsables de la contaminación pero propietarios del terreno reembolsar los gastos relativos a las actuaciones realizadas por la autoridad competente. El Tribunal considera que esta previsión es compatible con la Directiva y los principios de quien contamina paga, de cautela, de acción preventiva y de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma. Como ejemplo de que tal jurisprudencia tampoco es tan extraña en nuestro modelo, el artículo 118.4 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha dispone de una forma similar el mismo criterio sosteniéndolo en que el obligado obtiene un beneficio: *“Cuando la infracción implique la destrucción o alteración significativa de un hábitat o recurso geomorfológico, no se conozca a su autor material o responsable y conlleve un beneficio, el*

beneficiado estará obligado a participar en la reparación del daño hasta el montante del beneficio obtenido”.

12. LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN MATERIA DE ELECTROCUCIONES Y LA RESPONSABILIDAD CULPABLE.

Ninguna Comunidad Autónoma ha abordado todavía una regulación propia con el carácter de responsabilidad objetiva. Las herramientas con las que cuenta la Administración para abordar la problemática de las electrocuciones pasan, en todo caso, por exigir el cumplimiento de los deberes de prevención de daños medioambientales y de evitación de nuevos daños; y en caso de incumplimiento de los mismos procede exigir la responsabilidad de los operadores de carácter culposo. En un sistema objetivo, se parte de la presunción refutable; es decir, la carga de la prueba de que no existe culpa es del titular de la explotación o actividad peligrosa; es decir, sería como una presunción *iuris tantum* pero al revés, no de la Administración para con el responsable sino al contrario. Pero tampoco se convierte en una presunción *iuris et de iure* (absoluta por expresa disposición legal). Así pues, en contraposición, en el tradicional sistema de responsabilidad subjetiva, corresponde a la Administración probar los hechos que impute en un procedimiento sancionador.

En materia de **prueba**, lo cierto es que encontrar un cadáver de una rapaz bajo un poste eléctrico sin signos de manipulación animal o humana, sin signos de predación, arrastre, en la postura lógica típica tras el hecho mortal, con las típicas quemaduras habituales conocidas por la ciencia veterinaria forense y con otras evidencias o indicios recogidas o reseñadas por los

Agentes en el momento de su intervención, así como por la propia tipología constructiva del apoyo eléctrico causante, pocas dudas está planteando el tema de la prueba en los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso de Albacete y CLM respecto del hecho de la electrocución en tal concreto apoyo. Ello, junto al correspondiente informe forense del caso clínico determinante de la causa de la muerte por electrocución, está sirviendo para considerar un hecho probado la electrocución en un concreto poste en donde el animal se encuentra a los pies del apoyo eléctrico; es decir, pocas dudas pueden plantearse respecto del nexo causal necesario para exigir responsabilidad si constan los indicios y pruebas referidas arriba. A este respecto, entre las alegaciones habituales de los supuestos responsables refiriendo que el animal se pudo electrocutar en una línea eléctrica cercana de la que no se es titular, o refiriendo que es posible que el animal lo hayan colocado bajo ese poste con débiles razonamientos sobre que se pretende por un tercero malintencionado achacar la responsabilidad al titular del tendido; o alegando que se trata de una prueba diabólica así como la prohibición de sancionar sin pruebas, o con base en simples conjeturas o hipótesis, sin que la Administración haya demostrado el nexo causal y sin que sea exigible demostrar la propia inocencia pues la carga de la prueba corresponde a quien acusa; y alegando también que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio, la respuesta que ha dado el TSJ-CLM ha sido, en efecto, contundente, rechazando tales alegatos a la vista de las pruebas que constan en los expedientes. Hemos de partir de la base de que las denuncias se producen respecto de un hecho, el de la electrocución, que el Agente Medioambiental no ha presenciado en el mismo momento en que se produjo sino que lo habitual es que haya encontrado un cadáver a los pies del poste supuestamente causante de la

electrocución. Así pues, en materia de prueba, la **Sala del TSJ-CLM en su Sentencia nº 350/2017** refiere, en primer lugar, la condición de Agentes de la Autoridad y la presunción de veracidad que se presume respecto de los hechos constatados por los mismos, considerando que respecto de **las alegaciones de defensa planteadas no se ha presentado siquiera un indicio probatorio, existiendo constancia de datos inequívocos de los que razonable y lógicamente puede llegarse a la convicción de que el animal se electrocutó en el concreto poste que consta en la denuncia de acuerdo con las reglas de criterio humano** (también en su Sentencia nº 251/2018), sin que a esa conclusión lógica y razonable se haya acreditado ni aportado posibilidad mínimamente creíble por parte de la empresa de distribución eléctrica, y sin que esa otra opción o teoría distinta de lo que pudo haber sucedido tenga los mismos visos de verosimilitud ni el mismo grado de posibilidades para que el resultado de la prueba fuera exculpatario. Es más, tomada declaración testifical a presencia del Magistrado Ponente al Agente Medioambiental, la Sentencia 350/2007 de la Sala señala que con esa declaración se produce un claro reforzamiento de la razonable probabilidad de que la electrocución del ave se produjo en el apoyo titularidad de la recurrente, sin que finalmente el ave muriese y habiéndose desplazado el animal incluso 70 metros desde que el Agente recibió el aviso y se personó en el lugar a los pocos minutos. Así, se señala que *“no había rastro alguno de que el pollo del águila hubiera podido ser trasladado por un depredador; que no existen líneas privadas cercanas y que una vez dañado el animal no podría haberse trasladado a otro sitio por un particular sin conocimientos especiales al ser extremadamente difícil capturarlo, por lo que concluye que no se podía haber electrocutado en otro sitio. También que tras el daño sufrido el animal podía desplazarse mínimamente, y por eso es razonable que huyera sólo unos 70 metros.*

Ciertamente, a preguntas de la defensa de la parte recurrente, aceptó que otras personas con preparación podrían manipularlo, pero como ya hemos dicho y quedó patente con la declaración del agente, se trata de una mera posibilidad, que ni siquiera intentó ser acreditada y que ni remotamente aparece con el mismo grado de probabilidad que la considerada probada en base a los datos acreditados a los que hemos hecho referencia. De igual forma, en las respuesta dada al interrogante sobre la cercanía de otra línea, que rechazó". Y continuando con otros alegatos referidos a supuestos errores en las Coordenadas UTM de localización del animal y del poste, la Sala refirió que "por lo demás, el mero hecho de que pueda existir un **error o imprecisión en las coordenadas exactas** donde se encuentra el poste pueda introducir dudas sobre los mismos pues ninguna duda existe sobre el dato realmente relevante, que ,en este caso, es que la electrocución tuvo lugar en un poste concreto e individualizado, en la zona indicada". A este respecto, es necesario señalar que las Coordenadas UTM deben referenciarse en el Sistema ETRS89 desde la aprobación del RD 1071/2007. Alguna operadora de distribución eléctrica, en cambio, venían utilizando hasta hace muy poco el sistema ED50. Además, la toma de coordenadas no es exacta y puede variar unos metros en función de los movimientos del satélite según el momento; de modo que incluso usando el mismo aparato que se utilizó un día para tomar unas coordenadas, otro día puede haber una **pequeña variación en las últimas cifras** sin que las coordenadas sean exactamente las mismas y sin que por ello haya que deducir un error en la identificación de la ubicación del poste eléctrico o del lugar de localización del cadáver. En todo caso, como ha referido la Sentencia transcrita, el poste es el que es y está en el mismo lugar. En este sentido, en la **Sentencia nº 251/2018** del TSJ-CLM se trata esta cuestión del modo siguiente cuando analiza el resultado de la declaración testifical del Agente

Medioambiental: “que no existen líneas privadas cercanas (más o menos 1 km de distancia); **explicaron por qué las coordenadas GPS presentan cierto margen de error**, identificando en todo momento el poste y el lugar del hallazgo a su pie. De igual forma, en las respuestas dadas al interrogante sobre la cercanía de otra línea, que rechazó, no puede hallarse el más mínimo indicio probatorio sobre la probabilidad de otras opciones mantenidas, o al menos afirmadas, por la parte recurrente. Como conclusión a lo expuesto entendemos que concurre prueba de cargo suficiente que acredita los datos en base a los cuales se declaró la responsabilidad administrativa de la mercantil sancionada, sin que, por lo demás, **el mero hecho de que pueda existir un error o imprecisión en las coordenadas exactas donde se encuentra el poste pueda introducir dudas** sobre los mismos pues ninguna duda existe sobre el dato realmente relevante, que, en este caso, es que la electrocución tuvo lugar en un poste concreto e individualizado, en la zona indicada, y con las deficiencias en materia de seguridad medioambiental también descritas”. Continuando con la cuestión probatoria, en la Sentencia del TSJ-CLM nº 250/2018, haciendo referencia a su anterior Sentencia ya comentada, la Sala refiere “**en este caso la prueba es aún más concluyente, pues el águila apareció justo al pie de la Torre nº 3013 del tendido eléctrico AB-20718. A lo que debemos añadir el informe clínico realizado...que es concluyente al afirmar** “Por la localización del cadáver bajo tendido y por los hallazgos macroscópicos encontrados en la inspección externa, podemos concluir que la muerte del Águila-azor Perdicera ha sido causada por descarga eléctrica, con una antigüedad del cadáver proseccionado de entre 2 y 4 días”. Y en la Sentencia posterior nº **258/2018 del TSJ-CLM**, de nuevo, se reitera la Sala en la necesidad de que el alegato de que la electrocución pudiera suceder en otro tendido tenga una mínima base para ser creíble.

Así refiere la Sala: *"Por otro lado, carece de cualquier soporte mínimamente aceptable el alegato según el cual las aves pudieron electrocutarse en otra línea eléctrica y acabar muriendo al pie de la de ... (la empresa de distribución encausada). **Ni por proximidad, ni por los efectos de una descarga eléctrica, es tal posibilidad mínimamente atendible como explicación alternativa de los hechos**".*

En el mismo sentido, en la **Sentencia 146/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete**, el Magistrado, en materia de prueba, refirió: *"En efecto, no se puede cuestionar, pues está debidamente acreditado por la denuncia efectuada y los resultados de las autopsias practicadas, el fallecimiento por electrocución de cuatro buitres leonados en el apoyo eléctrico con número 2982 grabado en color rojo o 43 grabado en negro, ubicado en el Paraje "Cabezo de San Pedro" en el Polígono 28 parcela 2 de Ossa de Montiel, línea eléctrica de la que es titular ... y que **carecía de mecanismo alguno antielectrocución de las aves, y que de haberlos tenido, hubiese evitado el fallecimiento de las aves, siendo por tales hechos por los que debe responder la mercantil**".* Como vemos es una omisión culpable generadora de responsabilidad por el hecho de no haber evitado tales electrocuciones, y ninguna duda se le presenta al Magistrado para cuestionar los indicios y el resto de material probatorio aportado por la Administración. *"Clear as day"* diría un magistrado inglés; es decir, no es cuestionable cuando se evidencia claramente lo ocurrido con los indicios y pruebas aportados desde un punto de vista acorde con las reglas del criterio humano. Por tanto, nos encontramos ante *presunciones hominis*, o fuentes probatorias traídas al convencimiento y la formación de certezas desde el bagaje de la experiencia general ante lo que es el hecho de la electrocución, que se presenta como notorio frente a otras tesis

exculpatorias planteadas de forma extravagante por el supuesto responsable. En este sentido, en materia sancionadora no es exigible que la prueba sea absolutamente carente de dudas en cuanto a lo ocurrido sino que se admite que la prueba consista en una exposición lógica, razonable y razonada de lo ocurrido basada en los hechos objetivos y los varios indicios de los que se parte, los cuales apuntan en una misma dirección, y debidamente conformada según las reglas de la lógica y del criterio humano. Tales evidencias debidamente ratificadas por un Agente de la Autoridad y acompañadas de un informe forense que concluya la electrocución del animal como causa de la muerte cierran el material probatorio con el que se sostiene y demuestra la clara y lógica relación de causalidad respecto de los hechos así probados que se imputan.

En línea con lo anterior, la **Sentencia 251/2018 del TSJ-CLM** expone el alegato de la operadora de distribución eléctrica y la causa de su rechazo del modo que sigue: *“Dice el demandante que, del contenido del hallazgo, no puede inferirse que las lesiones se produjesen en la instalación eléctrica de (la empresa distribuidora encausada). Podría haberse electrocutado en cualquier otra instalación, y para eliminar responsabilidades de su titular, fueran trasladadas con posterioridad al lugar donde se encontraron, o bien que el traslado se haya realizado por los propios depredadores, pues el cadáver del águila perdicera cuando fue encontrada llevaba muerta 24 horas. El motivo decae. Se ha practicado en las actuaciones **prueba bastante, hábil para desvirtuar la presunción de inocencia del responsable.** Así consta en el expediente administrativo acta de denuncia y sendos informes posteriores emitidos por agentes medioambientales, cuya intervención fue casual como consecuencia del hallazgo, que lo ratificaron testificalmente sometiéndose a las preguntas que les*

*plantearon las partes del que solo se puede concluir que la rapaz murió electrocutada (por descarga eléctrica) al posarse en el poste 0183. **Estaba a un metro de la base del apoyo, con las garras rígidas y sin presentar signos de haber sido predada, mordida, arrastrada, ensuciada o manipulada, en la posición lógica tras una caída desde el apoyo eléctrico.** Los datos que refleja la denuncia deben tenerse por ciertos ante la falta de prueba en contrario".* Es decir, el resultado probatorio es de tal claridad que no cabe una hipótesis diferente más favorable al acusado que sea plausible. Así pues, la prueba de indicios basada en hechos objetivos y no meras sospechas, impresiones o apariencias, relacionada por el Agente en su denuncia y acompañada de las fotografías pertinentes, así como del correspondiente informe forense aclaratorio y seguidas del razonamiento lógico-deductivo según las reglas de la lógica y del criterio humano, constituyen prueba suficiente y razonable para desvirtuar la presunción de inocencia.

En cuanto a las obligaciones legalmente exigibles al operador, **la Sentencia del TSJ-CLM nº 251/2018** señala que **"al amparo del artículo 112 de la Ley 9/1999 era responsable de la infracción, una vez considerado acreditado, como se verá, que la muerte del águila perdicera por electrocución se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente"**. En este sentido, la responsabilidad prevista en ese artículo se deduce como titular del tendido, el cual estando obligado a realizar una acción, omite su ejecución. Y más adelante la Sala concreta **"pues, como indica la propia resolución sancionadora recurrida, viene obligado por art. 9 de la Ley 26/2007 a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a**

sufragar sus costes". Por tanto, el incumplimiento de los deberes de evitar la electrocución de avifauna, conforme a lo establecido en la misma, genera responsabilidad por omisión de un deber establecido legalmente. Así, conforme se dispone en el **artículo 19.2 de la LRM** "*En todo caso, quedan obligados a la adopción de medidas de reparación los operadores que hubieran **incumplido los deberes** relativos a las medidas de prevención y de evitación de daños*". En este precepto encontramos el elemento clave definitorio de la **responsabilidad subjetiva del cualquier operador** económico o profesional. El objeto de la Ley 26/2007 es, además de transponer a derecho interno la Directiva de Responsabilidad Medioambiental, desarrollar el mandato previsto en el artículo 45 de la Constitución Española. A este respecto, la primera frase del Preámbulo de la Ley refiere dos deberes muy concretos en materia de medioambiente: la **obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y el deber de conservar** la naturaleza; estando obligados a reparar aquellos que **incumplan** estas obligaciones, sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que correspondan. Este **incumplimiento previo de una obligación o deber** determina que se genere la responsabilidad **subjetiva** del autor. Refiere también el preámbulo que la Ley pretende ser un instrumento de **prevención** eficaz de los daños medioambientales. Por tanto, partimos de un mandato previo o deber objetivo de cuidado y de un incumplimiento posterior que da lugar a la responsabilidad subjetiva por no haber cumplido una obligación de prevención y de conservación. Es decir, incumplido un deber de prevención y evitación de carácter legal y objetivo, deviene la responsabilidad de carácter subjetiva. Por tanto, las obligaciones de prevención y evitación no tienen naturaleza jurídica sancionadora, y tampoco la tendrán cuando deriven de la aplicación de un procedimiento sancionador ya sea tanto de forma provisional como de disposiciones

cautelares precisas. En todo caso, puede la Administración optar por tramitar un procedimiento de responsabilidad medioambiental para imponer las medidas de reparación que deben adoptarse señalando la forma y plazos de ejecución o hacerlo en el seno de un procedimiento sancionador cuando se han incumplido los deberes preventivos y de evitación, pues el artículo 22.3 de la LRM²². Por otro lado, aunque la LRM configure como una potestad de la Administración la actuación directa por ella en materia de prevención, evitación y reparación, ha de entenderse, conforme al artículo 45.2 CE, que es un deber de los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales así como defender y restaurar el medioambiente, de modo que no puede considerarse una facultad lo que en el texto constitucional es un deber general de la Administración.

²² *Artículo 22. Incumplimiento de las obligaciones de prevención, de evitación o de reparación del daño medioambiental*

1. La autoridad competente velará para que el operador adopte las medidas de prevención, de evitación o de reparación de los daños medioambientales, así como para que observe las demás obligaciones establecidas en esta ley, en los términos en ella previstos. Para ello ejercerá las potestades que le atribuyen ésta y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

2. En caso de incumplimiento total o parcial de los deberes de los operadores de llevar a cabo las medidas de prevención, de evitación o de reparación de los daños medioambientales, la autoridad competente dictará resolución motivada, de conformidad con lo establecido en el capítulo VI, requiriendo del operador su cumplimiento.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador que corresponda como consecuencia del referido incumplimiento.

En materia de electrocuciones de avifauna, no resulta extraño que la propia **Ley 21/1992 de Industria**, refiera como decíamos desde hace casi tres décadas, en su **artículo 9**²³ que es materia de seguridad industrial la prevención y la limitación de riesgos capaces de producir daños a la fauna derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones; obligando a que se lleven a cabo actividades de prevención y protección para limitar las causas que originen los riesgos así como a establecer controles para detectar esas circunstancias y mitigarlas; refiriendo en particular los riesgos de lesiones o daños

23

Artículo 9. Objeto de la seguridad:

1. **La seguridad industrial tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección** *contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, flora, **fauna**, bienes o al medio ambiente, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales.*

2. Las **actividades de prevención y protección tendrán como finalidad limitar las causas** *que originen los riesgos, así como establecer los controles que permitan detectar o contribuir a evitar aquellas circunstancias que pudieran dar lugar a la aparición de riesgos y mitigar las consecuencias de posibles accidentes.*

3. Tendrán la consideración de **riesgos relacionados con la seguridad industrial los que puedan producir lesiones o daños a personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, y en particular los incendios, explosiones y otros hechos susceptibles de producir quemaduras, intoxicaciones, envenenamiento o asfixia, electrocución, riesgos de contaminación producida por instalaciones industriales, perturbaciones electromagnéticas o acústicas y radiación, así como cualquier otro que pudiera verse en la normativa internacional aplicable sobre seguridad.**

relacionados con la fauna, susceptibles de producir quemaduras, incendios, y electrocución, entre otros. El precepto es demoledor en cuanto a claridad de las obligaciones en materia de seguridad industrial. Y su incumplimiento es tan flagrante como revela la cifra de 33.000 rapaces electrocutadas²⁴ cada año en España. El informe elaborado por María Ángeles Soria y Francisco Guill Celada valora que el impacto económico por la pérdida de patrimonio natural y biodiversidad podría ascender a 5.000 millones de euros de acuerdo con la Metodología MORA²⁵ utilizada para el cálculo de daños ambientales. La noticia la da el diario El País²⁶ en fecha 11/01/2018 y se hace eco también del interés del Fiscal Coordinador de Urbanismo y Medioambiente por esta gravísima problemática que constituye la principal causa de muerte no natural de prácticamente una gran número de especies de rapaces.

Una de las cuestiones que hemos visto que podría hacer dudar a los aplicadores del derecho a la hora de considerar que concurre un eximente de responsabilidad,

24

https://www.researchgate.net/profile/Francisco_Guil/publication/318085758_Primer_aproximacion_general_al_impacto_provocado_por_la_electrocucion_de_aves_rapaces_incidencia_sobre_las_aves_e_impacto_economico_asociado/links/595bc3d4aca272f3c08882cb/Primera-aproximacion-general-al-impacto-provocado-por-la-electrocucion-de-aves-rapaces-incidencia-sobre-las-aves-e-impacto-economico-asociado.pdf?origin=publication_detail

25 <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/responsabilidad-mediambiental/modelo-de-oferta-de-responsabilidad-ambiental/>

26

https://elpais.com/elpais/2018/01/08/ciencia/1515427373_789617.html

sería el hecho de que una actividad hubiera sido objeto expreso y específico de una **autorización** otorgada conforme a una legislación sectorial y sustantiva concreta, y cuyas instalaciones eléctricas fueran la causa directa de ese daño ambiental que es antijurídico para el medioambiente aunque no lo sea para tal norma sustantiva. Tal supuesto se prevé en el artículo 14.2 de la Ley 26/2007 para las actividades incluidas en el Anexo III de la misma pero referido precisa y específicamente para el vertido, emisión o hecho productor del daño ambiental concreto y no respecto del desarrollo de otras actividades; además de que sólo se exceptiona en caso de que el hecho contaminante fuera inevitable, se hubiera autorizado expresamente y en un determinado grado o con unos límites de niveles impuestos; y, naturalmente, siempre que se hubieran cumplido estrictamente todos los condicionados de la autorización, estando entonces ante un supuesto de contaminación inevitable expresamente autorizado por la Administración ambiental y cuyo daño ambiental entraría dentro de lo tolerable y no sería antijurídico desde el punto de vista del derecho ambiental. Pero insistimos, no basta con que la actividad esté expresamente autorizada sino que debe ser expresamente autorizado el hecho contaminante o la emisión dañina, y corresponde al operador de las actividades del Anexo III probar que obró con la máxima diligencia. Por supuesto, ninguna instalación de distribución eléctrica cuenta con tal tipo de autorizaciones ambientales. Pero es más, incluso todo lo que no esté expresamente dentro de la normativa o de la autorización ambiental otorgada seguiría siendo generador de responsabilidad aunque no haya dolo, culpa o negligencia para las actividades del Anexo III. Hemos de significar que este concreto supuesto de inexistencia de responsabilidad por autorización de hechos contaminantes de las actividades del Anexo III no es una exigencia de la Directiva de Responsabilidad Medioambiental, que prevé su

excepción por parte de algún Estado miembro. Así, éste ha sido el caso de regulación específica por parte del legislador español. La cuestión es de suma importancia porque podría suponer vaciar de golpe el sistema de responsabilidad objetiva impuesto en la Directiva dando lugar a crear distorsiones en el mercado de competencia interior en la Unión Europea y prácticas de *dumping* empresarial por inexistencia de hacer frente a esos costes ambientales. En este sentido, la opción del legislador español ha supuesto un paso atrás en nuestro derecho cuando se trata de las actividades del Anexo III de la Ley, donde venía siendo tradicional una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere que aun cuando se cumpla con una autorización administrativa de forma estricta con todos sus condicionados ello no excluye la responsabilidad civil por los daños causados, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los requisitos de dolo, culpa o negligencia; es decir, una acción u omisión culposa o negligente. Lo que el Tribunal Supremo viene y ha venido defendiendo hasta la fecha es que **los daños son antijurídicos a pesar de la licitud de la conducta, si bien existe responsabilidad cuando se prueba el dolo, la culpa o la negligencia del operador**. Por tanto, el Tribunal Supremo acoge la tesis de que un acto lícito puede ser generador de responsabilidad culposa en aplicación de la "**teoría del riesgo**"; es decir, porque la actividad es peligrosa en sí misma y aunque se haya procedido lícitamente. En estos casos, la **diligencia** a emplear no sólo se refiere a las circunstancias de persona, tiempo y lugar sino también a la circunstancia especial de que realiza una **actividad profesional** que exige un nivel superior o de diligencia máxima a la hora de conocer los efectos dañosos de la actividad y de emplear las Mejores Tecnologías Disponibles (MTD) y los mejores conocimientos científicos para minimizar tales riesgos. Esta previsión viene expresamente incorporada en el Real Decreto Legislativo 1/2016 que aprueba la Ley de

Prevención y Control Integrado de la Contaminación (LPCIC); la cual regula las actividades industriales más contaminantes. Y es incluso el límite para establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración en el **artículo 140.1 de la Ley 40/2015** de Régimen Jurídico del Sector Público, en el que se establece que: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según **el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos**”*. Pero para que resulte aplicable la exención de responsabilidad debe probar que era absolutamente imposible averiguar que la actividad podía ser dañosa; pero entra en contradicción con el principio ambiental de precaución respecto de los riesgos desconocidos que se contempla en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que supone que la sociedad asuma los costes ambientales en su conjunto, en lugar de asumirlos los operadores económicos y profesionales conforme al principio **quien contamina paga**; puesto que la prevalencia de los intereses ambientales de la sociedad respecto de los costes para los operadores no se acoge con el citado principio.

Puesto que el sector de **transporte y distribución eléctrica** no se rige por la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación (LPCIC, o Ley IPPC) ni está incluido en el Anexo III de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, el régimen de responsabilidad al que se sujeta es, claramente, de **carácter subjetivo**. Entonces ¿cuáles son las medidas de prevención y de evitación de nuevos daños que el operador económico y profesional de cualquier actividad económica o profesional debe cumplir para que no se le considere responsable? Conforme se establece en el artículo 17.3 de la LRM, para la determinación de tales medidas se tendrán en cuenta, en la medida de lo posible, los criterios establecidos en

el **Punto 1.3 del Anexo II**; sin perjuicio de las medidas adicionales de protección de carácter preventivo que puedan establecer las Comunidades Autónomas. Por tanto, los criterios del Punto 1.3 no sólo sirven para determinar cuáles han de ser las medidas reparadoras a aplicar sino **también para dilucidar cuáles han de ser las medidas preventivas y de evitación de nuevos daños**. En este sentido, se fija un criterio de razonabilidad de la medida utilizando las MTD, la probabilidad de éxito de la medida o su eficacia para el fin que se pretende, el grado en que beneficiará al recurso natural y servirá para reparar el perjuicio causado, la vinculación geográfica con el lugar y el coste de la medida. Estos criterios se relacionan con el hecho evitable de la electrocución de avifauna protegida.

Es un hecho conocido desde hace décadas que determinadas tipologías constructivas de las crucetas que sujetan los cables eléctricos son muy proclives a que se dé el hecho dañoso de la electrocución de aves rapaces. Tres importantes empresas del sector eléctrico, conscientes de la problemática con la avifauna, publicaron un documento elaborado en 1995 ("**Análisis de Impactos de líneas eléctricas sobre la avifauna de espacios naturales protegidos**"; disponible en internet en http://www.atclave.es/publicaciones/descargas/inv_conservacion/75_PIE_Presentacion.pdf) exponiendo la misma. Tales estudios dejaron de hacerse por las empresas del sector eléctrico a partir de ese documento o, si se hicieron estudios posteriores, los mismos no se hicieron públicos o no se les dio la publicidad que sería deseable para su público conocimiento. De modo que las propias empresas del sector han sido desde siempre conocedoras de la problemática de las electrocuciones de avifauna amenazada. Tampoco es un hecho ajeno a la Administración que, conocedora de las mismas, desde

los años novena²⁷ comenzó a aprobar diversa normativa autonómica tratando de mitigar al menos parcialmente la gravísima incidencia de las electrocuciones; si bien con resultados muy diversos y siempre respecto de nuevos tendidos o modificaciones en los antiguos. Por tanto, tanto para operadores como para las Administraciones se trata de sucesos previsibles y fácilmente evitables. No estamos, por tanto, frente a un caso fortuito (hecho imprevisible) o un caso de fuerza mayor (hecho extraordinario e irresistible). Por otro lado, si tomamos como referencia que **cada año se electrocutan en nuestro país más de 33.000 rapaces**²⁸, resulta imposible pensar que no se trate de un peligro conocido que las empresas del sector no han afrontado como debían evitando estos reiterados sucesos. Por ello, en ningún caso, parece que se haya cumplido con su deber preventivo o de evitación inserto en la Ley 26/2007 ni en el **artículo 9 de la propia Ley 21/1992, de Industria**; habiendo transcurrido ya 26 años de incumplimientos al mismo.

En otro orden de cosas, el artículo 28.1²⁹ de la Ley 40/2015 habla sólo de "**dolo o culpa**" como requisitos

²⁷ Normas aprobadas por las CCAA: De un modo esquemático pueden consultarse en el siguiente enlace web: https://www.mapama.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/proteccionavifauna_v9_tcm30-478919.pdf

²⁸ Primera aproximación general al impacto provocado por la electrocución de aves rapaces: incidencia sobre las aves e impacto económico asociado; Soria y Guill, descargable en internet en la siguiente dirección web: <http://7cfe.congresoforestal.es/sites/default/files/actas/7cfe01-360.pdf>

²⁹ *Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así*

de la culpabilidad; eliminándose con respecto la legislación anteriormente vigente el concepto de “*simple negligencia*” que daba pie a amparar la responsabilidad subjetiva en multitud de supuestos. En nuestra opinión, la negligencia simple, u otra negligencia de mayor reprochabilidad, está incluida también en el concepto de culpa. Sin embargo, en el ámbito de la legislación medioambiental, la Ley 26/2007 maneja en todo momento los tres conceptos jurídicos juntos: dolo, culpa o negligencia.

13. EL DERECHO SANCIONADOR COMO INSTRUMENTO PARA REPRENDER LAS CONDUCTAS INFRACTORAS Y EL NIVEL DE DILIGENCIA EXIGIBLE.

En materia de responsabilidad subjetiva, cabe hacer una **diferenciación entre operadores de distribución eléctrica, otros operadores económicos y profesionales, y simples particulares. A este respecto pueden diferenciarse tres niveles de diligencia en función de los criterios jurídicos que viene manejando la jurisprudencia en cuanto a responsabilidad civil y administrativa se refiere.** En primer lugar, **a un operador económico y profesional especializado en un sector como es la distribución eléctrica se le debe exigir el máximo nivel de diligencia posible, dado que lleva a cabo una actividad profesional.** Ello es así porque debe conocer su sector de actividad con un grado de especialización

como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

máximo. Por ejemplo, el titular de un coto de caza tendrá que ejercer su actividad con un **nivel de diligencia máxima** cuando se trate de actos y omisiones derivados de su actividad cinegética (Sentencia nº 331/2007 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete en Recurso 412/2006).

Respecto de **simples operadores económicos y profesionales** (las mercantiles y los autónomos, por decirlo claramente), el nivel de diligencia exigible es el del "*ordenado empresario*", que no es tan intenso como el nivel de la diligencia máxima. Así, por ejemplo, a una empresa agrícola que puede ser titular de un tendido y que lo utiliza para sus riegos agrícolas podría exigírsele responsabilidad también pero por mera proporcionalidad, previamente, se requeriría una notificación de la electrocución a los efectos de que llevara a cabo la modificación del tendido en un plazo razonable pero breve.

El tercer caso, es el del **ciudadano particular** al que le es exigible únicamente el nivel de diligencia del "*buen padre de familia*"; es decir, el del mero sentido común que es exigible al ciudadano medio. Por tanto, la obligación de éste de conocer que el tendido es peligroso y electrocuta avifauna sería desproporcionado. Por ello, parece razonable que se requiera notificación previa de la peligrosidad del tendido antes de abrir un expediente sancionador por omitir su deber objetivo de cuidado respecto de la avifauna.

No obstante, en los tres casos es indiferente que se esté en mallas o zonas de protección porque el 17.1 de la Ley 26/2007 sólo requiere de la existencia de un peligro inminente o la evitación de un nuevo daño ambiental. Sin embargo, la sanción a aplicar para el caso del ciudadano particular sería únicamente la de protección de la naturaleza de su correspondiente Comunidad

Autónoma. En el caso de operadores económicos y profesionales, tanto la Ley autonómica como la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental permiten aplicar las sanciones correspondientes por incumplimiento de sus deberes para con el medioambiente.

Respecto del nivel de **diligencia exigible al "ordenado empresario"** se da la circunstancia de que la Dirección General de Industria de Castilla-La Mancha, con la legislación que estuvo vigente en su momento, no dispuso estas décadas pasadas de un registro de forma informatizada de los titulares de las líneas, recibéndolo así del antiguo Ministerio de Industria; por lo que sólo en papel existen una infinidad de expedientes de difícil manejo. Por ello, la Dirección General de Industria podría no haber podido contactar con algunos titulares de tendidos. Quizás ello sea una explicación del por qué la propia Resolución de 17/12/2009 refiere que el Anexo comprende la información que suministran las empresas distribuidoras de electricidad y no se hable ni mencione siquiera a tendidos de mercantiles y otros particulares. Pero tampoco consta que una mercantil haya efectuado ningún contacto con Industria al efecto de señalar que el tendido de su propiedad resultaba ser uno de los afectados por la obligación de modificar o modernizar el tendido implantando alguno de los modelos del Anexo del Real Decreto 1432/2008. Hemos de tener en cuenta que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento; tal y como se establece en el artículo 6.1 del Código Civil. Por otro lado, en cuanto a la diligencia de los empresarios debemos apartarnos del modelo civil del buen padre de familia consagrado en el artículo 1124 CC. El buen padre de familia es aquel que actúa en su ámbito particular, fuera del ámbito profesional y empresarial. Por lo tanto, no podrá exigirse una diligencia imposible para un hombre normal o medio, es decir, conocimientos profesionales o técnicos. Hay que

matizar, que se tratará del hombre cuidadoso medio; cuya diligencia exigible sería la propia de esta condición, sin más exigencia que la graduación o intensidad que la de un hombre razonable común en el ámbito de su familia o en asuntos normales. Sin embargo, el estándar de diligencia exigible al empresario, conforme al derecho mercantil, es el del ordenado empresario, ya que tiene una condición cualificada por el mero hecho del desempeño de su actividad con carácter profesional. El propio artículo 1104 CC pone de manifiesto la necesidad de distinguir entre la diligencia del deudor normal y del deudor profesional o empresario, al igual que entre dos tipos de culpa, una de carácter normal y otra de carácter profesional o empresarial. Por tanto, todos los empresarios, para no ser negligentes, deberán prestar la diligencia de un ordenado empresario, atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; debiendo llevar a cabo, desde un punto de vista subjetivo, el esfuerzo, dedicación, interés y atención requerido, en relación con un esquema, guía, o propuesta de conducta para con la actividad debida en materia de medioambiente. Así pues, la publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo como es titular de una línea de alta tensión no debe pasarle desapercibida al empresario y al profesional. Además, antes de dicho Real Decreto se aprueba la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, que obliga con carácter general a que cualquier operador económico y profesional lleve a cabo todas aquellas actuaciones de prevención de riesgos de daños ambientales. El artículo 17.1 de la Ley 26/2007 refiere que *"Ante una amenaza inminente de daños medioambientales originada por cualquier actividad económica o profesional, el operador de dicha actividad tiene el deber de adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo las medidas preventivas apropiadas"*. De modo que transcurridos muchos años desde la aprobación del RD 1432/2008 y desde la

aprobación de la Ley 26/2007, que viene a establecer el deber general específico de las obligaciones de los operadores económicos para con el medioambiente en particular, e incluso notificado el hecho ya constatado de alguna electrocución, la omisión de acciones para reformar el tendido eléctrico debe traducirse en la práctica en la imposición de una sanción.

14. LEY APLICABLE EN MATERIA DE ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA.

Una precisión importante que contiene la LRM en su artículo 36.2 es que si un mismo hecho fuera constitutivo de dos o más infracciones se tomará en consideración únicamente aquella que comporte mayor sanción. No refiere nada, en materia sancionadora, respecto del concurso de leyes por unos mismos hechos infractores. Sin embargo, en la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha en su artículo 115.2 explícitamente se menciona que debe tramitarse por aquella Ley que conlleve la sanción más alta. En cuanto a la prevención, evitación de nuevos daños ambientales y la reparación, sí que el artículo 6.3 de la Ley 26/2007 expone que *"Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley"*. Pero el precepto sólo es aplicable respecto de las medidas a llevar a cabo; no en cuanto a la obligación de tramitar el correspondiente expediente sancionador, tal y como se apunta en el artículo 22.3 de la Ley 26/2007.

15. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES A EMPRESAS DISTRIBUIDORAS ELÉCTRICAS.

Conforme se establece en el artículo 29.2 de la Ley 40/2015 RJSP: ***“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”***. Como podrá imaginarse, la cuantía de la inversión a realizar para cumplir con los deberes de prevención y evitación de nuevos daños ambientales constituye uno de los frenos por las que las empresas de distribución eléctrica no han acometido las inversiones necesarias para poner solución a esta gravísima problemática de la electrocución de avifauna protegida. Si bien en el derecho sancionador la Administración, siempre viene obligada a autolimitarse en la cuantía de las sanciones a imponer por razones de proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y su gravedad, (relacionándolo también con la existencia de otros agravantes como la intencionalidad, la reincidencia, la naturaleza de los perjuicios causados y la continuidad o persistencia de los mismos), cuando se trata de una empresa distribuidora eléctrica gana relevancia en la cuantificación de la sanción el factor de la cuantía económica de la necesaria inversión para modificar el tendido eléctrico. Descendiendo al terreno de lo práctico, si la modificación de un tendido de, por ejemplo 500 postes o apoyos eléctricos, requiere de una inversión aproximada de 1 millón de euros, naturalmente la empresa distribuidora se verá menos motivada a efectuar la modificación de esos 500 apoyos si la cuantía de la sanción a que tuviera que hacer frente en un supuesto de electrocución fuese lejana a esa cifra en términos económicos. Es decir, si la posible multa pudieran ser 500 €, comparativamente con la inversión

de 1 millón de euros, es bastante probable que la empresa decida asumir el riesgo de la sanción y no se sienta estimulada a acometer una reforma con ese alto coste de inversión. Sin embargo, si las sanciones a las que se arriesga la empresa distribuidora pueden alcanzar los 2 millones de euros, cuantía máxima cuando se trata de especies en peligro de extinción (tal y como se establecen como cuantía máxima en la LRM, en la Ley 9/1999 y en la Ley 42/2007), naturalmente integrar esas multas en sus costes de producción es mucho más costoso. Lo penoso para el medioambiente de este asunto, es que la frecuencia de electrocuciones de especies de esta categoría es muchísimo menor por una simple cuestión que no es otra que el bajo número de aves rapaces con la categoría de en peligro de extinción; precisa y principalmente, como consecuencia de los tendidos eléctricos para muchas especies. Con ello queremos exponer que la aplicación del principio de proporcionalidad a la baja, cuando se trata de electrocuciones de otras especies con inferior categoría de amenaza por parte de empresas distribuidoras eléctricas, no resulta de gran estímulo cuando prima claramente el ánimo de ahorrarse esas inversiones frente a sus obligaciones para con el medioambiente. De modo que el principio inserto en el artículo 29.2 de la Ley 40/2015 RJSP que hemos referido, es una herramienta jurídica seria que debiera tenerse muy en cuenta a la hora de sopesar la proporcionalidad en estas circunstancias. Por otro lado, la suspensión de actividades, como sanciones accesorias más contundentes y eficaces, no resulta muy viable ante las empresas distribuidoras salvo que se pudiera ceñir dicha suspensión a concretos y limitados territorios y a la viabilidad de poder usarse grupos electrógenos de gran potencia tipo trailer; y teniendo en cuenta siempre que la distribución eléctrica es una actividad de interés general. En este sentido, no resulta muy viable suspender una actividad de distribución a una compañía

de distribución eléctrica salvo que cupiera la posibilidad de atender sus obligaciones de suministro con algún método alternativo como se ha apuntado. Para otros operadores que no son empresas distribuidoras, la cuestión sería bien distinta teniendo en cuenta que puede obtenerse la energía a pie de instalación y dejarse el tendido eléctrico sin corriente; y, por tanto, sin peligro para la avifauna.

16. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SANCIONES POR ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA PROTEGIDA: LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ALBACETE Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA.

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo nº 1 y nº 2 de Albacete dictaron las dos primeras Sentencias confirmando las sanciones e indemnizaciones impuestas en dos casos de electrocuciones contra una operadora de distribución eléctrica de ámbito nacional. Ambas Sentencias siguen una misma línea argumental basada en la posibilidad material de que la empresa distribuidora **habría podido acometer la reforma de los tendidos con sus propios medios económicos**. Y ambos Juzgados consideran probados los hechos de electrocución debatidos, sin entrar en mayor análisis a la vista de los informes, pruebas y argumentos expuestos por la Administración.

Uno de los argumentos que utilizan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Albacete es **la ausencia de proyecto presentado por parte de la empresa de**

distribución eléctrica para llevar a cabo la reforma del tendido donde se produjeron las electrocuciones; dado que es el presupuesto previo para poder obtener la financiación. El Juzgado nº 2, en la **Sentencia nº 146/2017**, de 26 de junio, refiere que **la obligación de presentar el proyecto de reforma es una "exigencia legal independiente de la disponibilidad de financiación pública para acometer las actuaciones que necesariamente se deberían haber proyectado"**. De manera que para el Juzgado queda meridianamente claro que tal obligación es legalmente exigible y no está vinculada a la existencia de financiación. Haciendo una escueta mención del Real Decreto 264/2017, el Juzgado trae a colación una de las pocas referencias que la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico hace respecto del medioambiente cuando señala que las actividades que la misma regula *"deben compatibilizarse con la protección del medioambiente"*. Así, también se remite a la exposición de motivos del Real Decreto 1432/2008 para reflejar que **"la ausencia de financiación pública no ha sido obstáculo para que los titulares de líneas eléctricas hayan venido realizando numerosas actuaciones de corrección de líneas eléctricas existentes a la entrada en vigor del Decreto de 2008, especialmente cuando la empresa recurrente no justifica que la inversión que debiera de haber llevado a cabo en la línea eléctrica para evitar la electrocución de los buitres fallecidos le hubiese podido suponer un trastorno económico de una entidad suficiente como para supeditar la adopción de tales medidas de protección a la habilitación de una vía de financiación pública con la que poder hacer frente a las mismas"**. Hemos de referir que la mercantil de distribución eléctrica argumentaba insistentemente en sus alegaciones durante el procedimiento sancionador, y también ante el Juzgado, que la ausencia de financiación total pública que se menciona en la Disposición Adicional Única y en el punto 2 de la Disposición Transitoria Única

justificaba su omisión, así como que convertía en responsable de las electrocuciones a la propia Administración, que no había dispuesto el dinero para acometer las inversiones para modificar los tendidos no adaptados. Pues bien, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete le contesta que **“no es posible derivar en la Administración el incumplimiento de las obligaciones que para la protección de la avifauna de determinadas zonas le vienen impuestas al titular de la línea eléctrica, y siendo dicha inobservancia cuando menos negligente, lo que da lugar al nacimiento de la obligación de reparar el daño ocasionado por el fallecimiento de las aves”**.

En otro sentido, el Juzgado nº 2, siguiendo la jurisprudencia de su Tribunal Superior, aborda la cuestión de la **obligatoriedad del abono de las indemnizaciones, como responsabilidad “civil” al margen de que exista o no infracción y de que la misma haya prescrito o no**. Para ello trae a colación la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 20 de marzo de 2013 (Id. CENDOJ: 02003330022013100304). Es decir, la obligación de reponer las cosas (restauración o indemnización) es una cuestión independiente, sin carácter sancionador, sin que se ligue a la comisión de una infracción o a que concurra o no culpabilidad siendo una **“obligación que deriva en sí misma del acto de alteración o modificación del estado de las cosas”, “con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias objetivas o subjetivas que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y su sanción como tal”** y que aunque la obligación de reponer suele ser una medida complementaria impuesta a un infractor, ello no quiere decir que tenga naturaleza sancionadora; sin que el hecho de que la infracción haya prescrito suponga

impedimento para que se imponga la medida de restauración y, por tanto, el abono de los importes indemnizatorios por la muerte de las aves. Cabe destacar, también, que el titular del Juzgado hace suyos los argumentos jurídicos que se contienen en la Resolución de la Dirección Provincial de Albacete; y termina refiriendo que no es posible trasladar a la Administración la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de modificación del tendido por parte de la recurrente titular de la línea eléctrica en la que se produjo la electrocución de cuatro buitres leonados.

En cuanto a los **argumentos de la empresa de distribución eléctrica respecto de la aplicación de la norma con carácter retroactivo**, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, expone que el Real Decreto 1432/2008 se refiere también a las líneas eléctricas existentes a su entrada en vigor en zonas de protección de avifauna, siendo una norma para adaptar las líneas a las prescripciones técnicas establecidas en el mismo; teniendo la mercantil que haber *“presentado el proyecto al que venía obligada legalmente, siendo este presupuesto forzoso y previo para obtener la financiación en la que la mercantil basa su argumentación. En definitiva, no procede atribuir a la Administración la responsabilidad por la ausencia de financiación, tal como arguye la expedientada, cuando ésta no ha presentado el proyecto exigido por la normativa reguladora”*. También expone la Sentencia, que *“sin ignorar la sin duda desmesurada reglamentación que incide en las actividades productivas o de comercio de distinta procedencia, rango y ámbito de aplicación, no puede resultar admisible pretender la exención de responsabilidad en **una materia tan sensible como la protección del medioambiente** con argumentos como los aquí expuestos”*. Y a continuación arguye el Juzgado que *“no puede excluirse la concurrencia de culpabilidad invocando el cumplimiento*

de los controles establecidos por una determinada Administración y para unos determinados extremos, pues ello supondría dejar al arbitrio de los particulares la normativa que les debe resultar de aplicación, excluyendo aquella cuyo cumplimiento les resulta gravoso o incómodo o bajo el pretexto de falta de controles administrativos que se consideran adecuados". Lo que está diciendo el Juzgado es que **el cumplimiento de la legislación de industria y del sector eléctrico no puede invocarse como argumento para eximirse de responsabilidad en materia de medioambiente.**

La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dicta Sentencia nº 350 de 15/11/2017** (Recurso nº 421/2016- Id. Cendoj: 02003330022017100817 y notificada a la JCCM el 05/01/2018) confirma la Resolución del Consejero de Medioambiente por la que se sanciona a una empresa de distribución eléctrica por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 108.6 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza por el deterioro de una hembra de Águila Imperial Ibérica³⁰ que sufre una electrocución en un tendido eléctrico de su propiedad situado en La Herrera (Albacete); siendo Ponente el Magistrado D. Constantino Merino González. Entre los fundamentos jurídicos que avala la Sala, se señala la responsabilidad que se deduce del artículo 112.1 de la Ley 9/1999 por ser la empresa distribuidora titular de una actividad que omite una acción de corrección de un tendido que tiene como consecuencia el deterioro del Águila Imperial Ibérica; así como **el deber, como operador económico y profesional, de**

³⁰ El animal sobrevivió aunque quedó irreparable para su reintroducción en su entorno natural porque las lesiones le impiden volar. Se le puso el nombre de Remedios.

adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación de daños ambientales, y a asumir sus costes, tal y como se establece en el artículo 9 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. Aunque la Sentencia no hace referencia al artículo 17 de esta Ley, se deduce que el mismo también sería objeto de respaldo por la Sala, a la vista de los argumentos que expone a lo largo de la misma. Entre los argumentos de la distribuidora, se alegaba falta de tipicidad, ausencia de la financiación total por parte del Ministerio de Medioambiente prevista en la Disposición Adicional Única y apartado segundo de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 1432/2008, la inexigibilidad de exigir los costes de modificación del tendido eléctrico con base en el artículo 14.2 LRM, la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 5 de la Ley 9/1999³¹, la atribución de responsabilidad a la propia Administración por ausencia de financiación estatal, ausencia de dolo, culpa y negligencia, y atribución de efectos retroactivos al RD 1432/2008. Conforme a éste, los titulares de tendidos eléctricos existentes cuya tipología constructiva no se adecuase a una prescripciones mínimas descritas en el mismo capaces de evitar la electrocución de avifauna, debían presentar un proyecto para la modificación del tendido una vez estuvieran determinadas las zonas de protección de avifauna por las CCAA y publicado un listado de tendidos peligrosos por la misma; disponiendo a partir de ahí de un año de plazo para su presentación, y debiendo ejecutarse el proyecto una vez se dispusiera por el Ministerio de Medioambiente la financiación total de esas correcciones. Considera la Sala que la empresa

³¹ *Las limitaciones que se establezcan por aplicación de la presente Ley y que resulten incompatibles con usos conformes al ordenamiento jurídico serán indemnizadas de acuerdo con la legislación que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

de distribución eléctrica **venía inequívocamente obligada a presentar un proyecto de corrección de la línea eléctrica**, como presupuesto previo para obtener la financiación, e **incurriendo en una omisión negligente por no hacerlo, siendo conocedora de la peligrosidad de la línea para la avifauna y dando lugar a que se produjera la electrocución por no haberse llevado a cabo la modificación del apoyo eléctrico causante. Nótese la importancia de lo reseñado por la Sala en su propia literalidad, porque lo que se reprocha a la empresa distribuidora es no haber procedido a la modificación del apoyo eléctrico causante de la electrocución, y no simplemente la presentación de un proyecto de modificación del tendido**, ya que, consecuentemente, con posterioridad debía ejecutarlo para evitar la electrocución de avifauna. Esto dice: “*no presentó los proyectos correspondientes (disponía del plazo de un año), incurrió en la omisión negligente de una obligación prevista en la ley, por lo que al amparo del artículo 112 de la ley 9/1999, era responsable de la infracción, una vez considerado acreditado, como se verá, que **el deterioro del águila imperial se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo**, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente. **Poca duda pueda haber de que tenía conocimiento del riesgo que la línea suponía a partir de la comunicación de esa resolución de 28/08/2009**”.* Respecto de la firme posición de la empresa de distribución eléctrica escudándose del cumplimiento de sus obligaciones y condicionándolo a la existencia de financiación pública, la Sala refiere que **tal financiación, anunciada en el RD, es una finalidad programática no equiparable a la obligación que se impone a los titulares de los tendidos de presentar proyecto y ejecutarlo**. En todo caso, refiere la Sala que lo que va a depender de la ejecución es la ejecución del proyecto. Y continúa

exponiendo que **“No habiéndose presentado oportunamente el proyecto ni siquiera puede entrar a valorarse el alcance y la forma que podía hacerse efectiva esa financiación programada ni tampoco un eventual incumplimiento y el alcance del mismo a efectos de excluir la responsabilidad de la operadora y trasladarla a la administración”** y no siendo aplicable el artículo 59 de la Ley 24/2013 porque no se trata de variar un trazado sino de modificar la parte superior del apoyo. En cuanto a la valoración del Águila Imperial Ibérica, en aplicación de lo previsto en el artículo 118 y 119 de la citada ley 9/1999, de conformidad con el Decreto 67/2008 de CLM refiere la Sala *“que, no habiéndose cuestionado (el agente en su declaración vino a aceptarlo) que **el águila puede ser utilizado con fines reproductivos**, entendemos que el hecho de que no se haya producido su fallecimiento y pueda tener esa potencial utilidad, justifica que se rebaje el importe de la valoración fijada en el decreto. Debemos, no obstante, precisar que lo que resulta relevante, según la propia regulación del decreto, es la afectación al estado de conservación que tuviera la especie y su capacidad de recuperación natural, aspectos éstos que han resultado afectados de forma palmaria con el daño o deterioro sufrido en el animal”* de manera que considera *“conforme con el principio de proporcionalidad, por las circunstancias concurrentes descritas, **reducir en un tercio el valor fijado en la resolución sancionadora de modo que establecemos como valoración de la misma la cantidad de 42.920 euros**”*. A este respecto, la indemnización impuesta en la resolución sancionadora fijaba un importe de 64.380 € que ha sido finalmente rebajado.

El Día Mundial del Medioambiente, el 05/06/2018, el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha** notifica a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

la **Sentencia nº 250/2018** de 11 de mayo (Id. Cendoj: 02003330022018100342) con la que desestima el recurso (nº 439/2016) de la empresa de distribución eléctrica por la sanción de 100.001 € más el abono del importe indemnizatorio de 65.100 € y medida de modificación del tendido impuesta por la electrocución con resultado de muerte de un ejemplar de **Águila Perdicera** (en peligro de extinción en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla-La Mancha) en **Letur** (Albacete) en un tendido eléctrico situado en Zona de Especial Protección de Aves (**ZEPA**) y, por ello, en Red Natura 2000; siendo ponente el Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste. En este procedimiento se admitió la personación de la Sociedad Albacetense de Ornitología, dado que la Resolución recurrida incorporaba una medida complementaria de modificación del tendido para adaptarlo a alguno de los modelos de evitación del riesgo de electrocución previstos en el Anexo del Real Decreto 1432/2008. Entre los **argumentos alegados por la operadora eléctrica se exponía que ante la ausencia de un Plan de Inversiones** del Estado con habilitación de mecanismos presupuestarios que ha supuesto el incumplimiento de la Disposición Adicional Única del RD 1432/2008 y con un plazo de ejecución de dos años que no ha comenzado a correr todavía no se la puede hacer responsable por ausencia de culpabilidad y porque no se han habilitado tales presupuestos. También **se alegaba por la empresa que su obligación es presentar un Proyecto de adaptación**, no de ejecución, ya que ésta depende de las disponibilidades financieras del Plan de Inversiones establecido en la DA Única, que establece un plazo de 5 años para que el Gobierno apruebe la financiación, siendo el plazo de ejecución de 2 años desde la aprobación de la financiación correspondiente. A este respecto, la Sala expone que *“De lo anterior podemos concluir que **es cierto que la línea eléctrica donde se produjo la electrocución del águila***

perdicera era anterior al RD 1432/2008, y que se puso con arreglo a las prescripciones técnicas exigibles en ese momento. También que dichas condiciones técnicas se modificaron, siendo más exigentes para instalaciones posteriores a este nuevo marco normativo; pero no es menos cierto que el nuevo marco normativo se aplicaba también a las instalaciones o líneas anteriores, para lo cual se previó un periodo transitorio de adaptación; y durante este periodo transitorio **se imponía al titular de la línea una obligación clara**, detallada en la DT antes transcrita y en la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 17/12/2009. **Y esta obligación no fue cumplida**". A este respecto, la Sala trae a colación su propia Sentencia (350/2017) anterior de 15/11/2017 sobre sanción por electrocución para repetir que "no presentó los proyectos correspondientes (disponía del plazo de un año), incurrió en la omisión negligente de una obligación prevista en la ley, por lo que al amparo del artículo 112 de la ley 9/1999, era responsable de la infracción, una vez considerado acreditado, como se verá, que **el deterioro del águila imperial se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente. Poca duda pueda haber de que tenía conocimiento del riesgo que la línea suponía a partir de la comunicación de esa resolución de 28/08/2009**". Y expone, con ciertamente menos claridad, que "Al producirse la muerte del águila con posterioridad al transcurso del periodo de transitorio, constatado la no presentación del Proyecto en los términos exigidos, a la empresa eléctrica le es imputable por este motivo la muerte del ave" y añadiendo "**sin que haya aplicación retroactiva de (la) norma sancionadora**". También se alegaba por la empresa distribuidora que el suministro de energía eléctrica es de interés económico general; que el único medio para evitar expedientes sancionadores es el

soterramiento de las líneas, previa exigencia de la Administración y financiación por ésta a su cargo; así como que el tendido eléctrico disponía de todos los permisos y autorizaciones exigidos en la normativa de aplicación. Sin embargo, la Sala rechaza este último argumento por considerar que la infracción que se considera cometida es la prevista en el artículo 108.6 de la Ley 9/1999. Si bien no lo expresa claramente la Sala, se deduce que el fundamento jurídico es que se ha incumplido la legislación medioambiental por tratarse de la muerte de una especie en peligro de extinción y en una ZEPA.

Otra vez la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dicta Sentencia nº 251 de 14/05/2018** (Recurso nº 440/2016- Id. Cendoj: 02003330022018100313) en contra de los intereses de la empresa de distribución eléctrica y confirmando la legalidad de la Resolución del Consejero de Medioambiente por la que se sanciona a la mercantil por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 108.6 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza por la muerte de un Águila Perdicera (en peligro de extinción) en un tendido eléctrico situado en el paraje de La Coscoja, en La Roda (Albacete) por la que se impuso una sanción por importe de 100.001 euros así como la obligación de abonar una indemnización por importe de 64.860 €; siendo ponente de la Sentencia el Magistrado D. Jesús Martínez-Escribano Gómez. En este procedimiento también fue admitida la personación de la Sociedad Albacetense de Ornitología puesto que, aunque nada se dice expresamente en la Sentencia, la Resolución sancionadora impuso la modificación del tendido eléctrico. Así, de nuevo la Sala hace referencia al **artículo 9 de la Ley 26/2007** de Responsabilidad Medioambiental que señala que la **obligación de los operadores económicos y profesionales de**

“adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y reparación de daños medioambientales y a asumir sus costes” que se pone en relación con el artículo 112.1 de la Ley 9/1999 por la omisión de una obligación que ha resultado incumplida prevista en el Real Decreto 1432/2008, y habiendo ocurrido el suceso en una zona (malla c³²) de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución. Cabe destacar de esta Sentencia que se califica de **“mero presupuesto”** el traslado de un documento de la empresa de distribución eléctrica a la Dirección General de Industria de CLM de 17/12/2009, cuando siendo consciente de que no facilitó en su momento una relación correcta y completa de las líneas afectadas por la zonificación en mallas de protección prioritaria de avifauna, aporta una nueva relación de líneas para subsanar las deficiencias que ello provocó en la Resolución de 17/12/2009 de Industria. En este sentido, refiere la Sentencia que *“Es cierto que el poste 183 no estaba incluido en la resolución de 21/12/2009³³; pero el hecho de que en Agosto de 2009 se delimitaran las áreas prioritarias de reproducción, de alimentación, de dispersión y de concentración local de especies de aves incluidas en el catálogo regional de especies amenazadas de Castilla La Mancha y que en diciembre de 2010 ya se incluyera la línea dentro de las*

³² Resolución de 28/08/2009, del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha, por la que se delimitan las áreas prioritarias de reproducción, de alimentación, de dispersión y de concentración local de las especies de aves incluidas en el catálogo regional de especies amenazadas de Castilla-La Mancha, y se dispone la publicación de las zonas de protección existentes en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en las que serán de aplicación las medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en las líneas eléctricas aéreas de alta tensión (DOCM de 10/09/2009).

³³ En realidad es 17/12/2009 (DOCM de 21/01/2010)

*necesitadas de adaptación al RD 1432/2008, aportando un mero presupuesto, que no un verdadero proyecto de modificación, determina que la demandante incurrió en la omisión negligente de una obligación prevista en la ley, por lo que al amparo del artículo 112 de la ley 9/1999, **era responsable de la infracción**, una vez considerado **acreditado**, como se verá, **que la muerte del águila perdicera por electrocución se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente**". En todo caso, aunque no lo diga la Sentencia, el hecho de que el poste y el tendido entero no estuviera incluido en la Resolución inicial de la Dirección General de Industria de 17/12/2009 se debió a la propia negligencia de la empresa de distribución eléctrica a la hora de identificar los tendidos afectados por la zonificación y comunicárselo a la Dirección General para su inclusión en tal Resolución "pues corresponde a la empresas distribuidoras facilitar el listado de tendidos afectados, tal como consta en la propia resolución 17/12/2009 publicada en el DOCM". Y refiriéndose al "mero presupuesto" que "sí se facilita en la relación posterior de diciembre de 2010, sin presentar el proyecto de adaptación ni justificar por qué no se incluyó en la relación inicial tal como se pedía por el instructor". Y añade que "Lo cierto es que **el poste estaba dentro de la zona de protección de avifauna, que la recurrente lo sabía** y no presentó el oportuno proyecto de modificación. Se trata de un requisito necesario, que viene impuesto a la operadora, y previo a la obtención de la financiación para la ejecución del proyecto, resultando igualmente **inequívoca la obligatoriedad de las medidas de protección contra la electrocución**". En este sentido, en cuanto a la ausencia de **mecanismos presupuestarios para la financiación total de las adaptaciones de los tendidos**, añade la Sala que "**se trata de una finalidad***

programática, no equiparable a la obligación que se impone a los titulares de las líneas eléctricas aéreas a efectos de presentación de proyecto y adopción de medidas de protección contra la electrocución". Y continúa refiriendo que "***No se trata de aplicación retroactiva de las normas sino de cumplir las obligaciones que le vienen impuestas más allá de mantener las líneas eléctricas en el mismo estado en el que se implantaron; pues, como indica la propia resolución sancionadora recurrida, viene obligado por el art. 9 de la Ley 26/2007 a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes***".

También el Día Mundial del Medioambiente, el 05/06/2018, el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha** notifica a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la **Sentencia nº 258/2018** (Id. Cendoj: 02003330022018100338), de 21 de mayo, con la que desestima el recurso (nº 424/2016) de la empresa de distribución eléctrica por la sanción de 100.001 € más el abono del importe indemnizatorio de 130.320 € por la electrocución con resultado de muerte de dos ejemplares de **Águila Imperial Ibérica** (en peligro de extinción en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla-La Mancha) en **Ossa de Montiel** (Albacete) en un tendido eléctrico situado en zona de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución (malla c) de CLM; siendo ponente el Magistrado D. Jaime Lozano Ibáñez. De esta Sentencia cabe destacar que la operadora de distribución alegaba que la simple presentación de los proyectos no hubiera aportado nada faltando la financiación, así como que las autorizaciones de proyectos autorizados caducan si no se llevan a cabo; y ante la incertidumbre del momento de ejecución no convenía realizar un gasto de tramitación administrativa para una obra que la Administración no había

presupuestado. Frente a ello, la Sala se remite a su Sentencia nº 350/2017 (Recurso nº 421/2016) señalando que el proyecto no se presentó y pareciendo referir que la omisión negligente sería también, otra vez, porque el daño ambiental tiene lugar como consecuencia de no haber modificado el tendido eléctrico teniendo conocimiento del peligro que la línea suponía.

Hay que destacar que **de las cuatro Sentencias del TSJ-CLM que estamos analizando en este estudio sólo el caso de la Sentencia 250/2018 es en relación a un tendido eléctrico identificado e incluido en el listado del Anexo de la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 17/12/2009, por la que se determinan las líneas de distribución eléctrica que no se ajustan a las prescripciones técnicas** establecidas en los artículos 6, 7 y en el anexo del Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión, y cuyo anexo incluye el tendido eléctrico. **Con la publicación/notificación de esta Resolución comienza a contar el plazo de un año para presentar el correspondiente proyecto** para adaptarlas a las prescripciones técnicas establecidas contra la electrocución y en el anexo del Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, debiéndose optar por aquellas soluciones técnicamente viables que aseguren la mínima afección posible a la continuidad del suministro; tal y como se expone en la misma. Pero la ausencia de esta notificación o publicación no ha sido impedimento legal para deducir responsabilidad por varios motivos para el TSJ-CLM. Aunque no lo refiera expresamente, en primer lugar, la Resolución de la Dirección General de Industria se hace previa consulta a las empresas de distribución eléctrica y son éstas las que facilitan los tendidos que están afectados por las

zonificaciones de protección prioritaria de avifauna. Por ello, si algún tendido que hubiera debido estar incluido en ese listado de tendidos peligrosos no figura así en el mismo, ello es achacable a la propia empresa distribuidora. Y, en segundo lugar, la Sala del TSJ-CLM sí que ha referido que la empresa era consciente de la peligrosidad del tendido para la avifauna, y que es imputable a la empresa distribuidora no haber llevado a cabo la modificación del tendido.

Por otro lado, la empresa de distribución eléctrica encartada solicitó la **suspensión de la medida de modificación del tendido eléctrico** a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual la deniega en su Auto nº 435/2016 de 14/11/2016 considerando que sólo se argumentaban razones económicas frente a una electrocución de una especie en peligro de extinción en una Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA). A este respecto, **el Tribunal considera prevalente la protección de avifauna cuando se trata de territorios Red Natura 2000.**

17. LA OBLIGADA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL INCLUSO CON LA INFRACCIÓN PRESCRITA O SIN INFRACCIÓN: JURISPRUDENCIA Y REGULACIÓN LEGAL. LA COMPATIBILIDAD E INDEPENDENCIA DE LA INFRACCIÓN Y DE LA REPARACIÓN.

El artículo 45.3 CE constituye la base del derecho sancionador de carácter medioambiental, ordenando adicionalmente la obligación de reparar el daño causado.

En términos generales, el **artículo 28³⁴ de la Ley 40/2015** regula la responsabilidad, la reparación del daño y la previsión de la indemnización, en su caso. Del mismo modo y referido a la norma básica estatal, el **artículo 79 (de carácter básico) de la Ley 42/2007** de Patrimonio Natural y Biodiversidad refiere que **"2. Sin**

³⁴ 1. *Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten **responsables de los mismos a título de dolo o culpa.***

2. *Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán **compatibles con la exigencia al infractor de la reposición** de la situación alterada por el mismo a su estado originario, **así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados**, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

3. *Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, **responderán de forma solidaria** de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción **sea pecuniaria y sea posible se individualizará** en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.*

4. *Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores **podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación.** Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas.*

perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, **el infractor deberá reparar** el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. El infractor estará obligado a **indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados**, en los términos de la correspondiente resolución. **3. La valoración de los daños** al medio ambiente necesaria para la determinación de las infracciones y sanciones reguladas en este Título se realizará de acuerdo con el **método de evaluación a que se refiere Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y sus disposiciones de desarrollo**". El punto 3 está haciendo referencia al Anexo II de la LRM y al Capítulo II del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Pero en el punto 2 encontramos una precisión importante por cuanto que se revela que la indemnización sólo está prevista para el supuesto en que no sea posible la reparación primaria. De este modo, la Ley 26/2007 no viene a suplir ninguna norma ambiental existente sino a complementarla estableciendo los sistemas de reparación, ya fueran revirtiendo la situación, si ello fuera posible, a su estado originario como primera opción, o con otras formas de reparar de un modo complementario; llegando también a regular la indemnización y los perjuicios causados como última posibilidad. El otro gran avance que representa la Ley sería la configuración general de que las amenazas inminentes deben ser conocidas y prevenidas por los operadores, y ante una situación de daños ya constatados, se deben tomar las medidas de evitación de nuevos supuestos de daños. Aunque ya encontramos remisiones expresas a la reparación prevista en la LRM en la Ley 42/2007 y Ley 22/2011 de Residuos, ningún impedimento legal existe a que otras normas

ambientales autonómicas puedan servirse de la LRM para seguir criterios similares o con fórmulas más exigentes o concretas.

Con la LRM no es preciso que exista la previa comisión de una infracción para que exista la obligación de reparar cuando se trata de las actividades incluidas en el Anexo III (responsabilidad objetiva). Pero tratándose de las especies amenazadas previstas en las Directivas, y exigiéndose la previa concurrencia de dolo, culpa o negligencia, como se ha exigido siempre en nuestro tradicional derecho sancionador (responsabilidad subjetiva), la reparación no puede ser cuestionada y es obligada. En este sentido, en el tradicional derecho sancionador, la reparación se ha ligado o ha sido una consecuencia accesoria o complementaria derivada de la previa comisión de una infracción (prescrita o no) o de un ilícito administrativo; es decir, de un hecho antijurídico no amparado por la norma a aplicar. Veamos algunas disposiciones actuales. La previsión de reparación de daños en el **artículo 56.4 de la Ley 21/2013 se regula como sigue:** *“Si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública o al medio ambiente carentes de previsión específica en la legislación sectorial, la resolución del procedimiento podrá declarar: a) La exigencia al infractor de la **reposición** a su estado originario de la situación alterada por la infracción. A este respecto, cuando la comisión de una infracción de las previstas en esta norma produjera un daño medioambiental, se procederá de conformidad con lo establecido en la **Ley 26/2007**, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental o la normativa que, en su caso, se dicte a tal fin”*. También se ha introducido la obligación de reparación los daños causados a los recursos naturales en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental en el

artículo 54.2³⁵ de la Ley 22/2011 de Residuos y Suelos Contaminados; que además recoge una remisión al artículo 13 de la LRM en su artículo 36.3.

En la misma línea, el **artículo 6.2 de la LRM** se establece: "a) *Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.* b) *Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.* c) *La adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia".* Y en el apartado 3 del mismo artículo 6 se dispone que "si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley". A este respecto, resulta habitual que las CCAA hayan aprobado normativa similar en cuanto a la obligación de reparar se refiere, por cuanto

³⁵ En los casos de daños medioambientales, el infractor estará obligado a la reparación en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. La metodología de reparación prevista en esta Ley 26/2007, de 23 de octubre, podrá aplicarse también en los demás supuestos de reparación de daños en los términos previstos en su Disposición adicional novena.

que esta obligación viene impuesta directamente por el artículo 45.3 de la Constitución Española. Como ejemplo de esta normativa autonómica, citaremos únicamente el precepto del artículo 118.1 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha, en el que se dispone que: *"Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño o las alteraciones causadas sobre la realidad física y biológica, en la forma que le indique la Consejería"*.

La Sentencia del TSJ-CLM nº 105/2013 de 20/03/2013 (Id. Cendoj: 02003330022013100304 en el Recurso nº 316/2011) hace suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2000 (recurso 1471/1995) en la que el Tribunal Supremo dice: ***"De un lado, la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo, como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, es una obligación que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal; su concepción en el artículo 5 de la Ley 7/1980 como una medida que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento, sin merma alguna de garantías, dado el plus de las que adornan al sancionador, el haz o conjunto de decisiones***

*derivables de aquel acto de alteración o modificación; de ahí por tanto que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la decisión que impone la obligación de demoler lo indebidamente realizado, tal y como hoy se dispone, con claridad suficiente, en el inciso último del artículo 92 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Y de otro, es esta concepción de **la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado**, y la afirmación de que a tal obligación **no alcanzan los efectos de la prescripción de la infracción**, la que cabe ver propiamente en la Jurisprudencia de esta Sala, pues así se desprende de la doctrina que se contiene en sus Sentencias de 10 de abril de 1997 (dictada en el recurso de apelación número 427/1993), 22 de diciembre de 1997 (apelación núm. 1431/1990), 3 de noviembre de 1999 (apelación núm. 4113/1992) y 25 de enero de 2000 (apelación núm. 74/1994)".*

Y continúa la Sala refiriendo que "Dichos razonamientos, si bien referidos a la Ley de Costas, son perfectamente extrapolables a otros ámbitos sectoriales. Así, la distinta naturaleza de ambas medidas, sanción y reparación del daño causado se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en SSTS 19 de enero de 2000, 29 de noviembre de 2001 y de 24 de julio de 2003, entre otras, que declaran que resulta contrario a elementales razones de justicia que el hecho de no haber utilizado los mecanismos sancionadores pueda servir para no satisfacer los daños causados al dominio público hidráulico, por lo que, **con independencia de las sanciones que le sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados** al dominio público hidráulico.

Esa dualidad de medidas, sancionadoras y de restablecimiento, puede encontrarse en otras legislaciones sectoriales respecto de las que la

*jurisprudencia también ha destacado su diferente naturaleza; siendo paradigmática la urbanística. Materia en que la diferenciación e independencia entre ambas medidas es pacífica, **distinguiéndose por la jurisprudencia entre la prescripción propiamente dicha, que se predica de las infracciones, y la caducidad de la acción de restablecimiento** (SSTS de 7 de noviembre de 1988 , 5 de junio de 1991 o 24 de abril de 1992 , entre otras muchas). En la STS de 25 de julio de 2001 , el Tribunal Supremo afirma con rotundidad, en relación con el art. 263 del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de Junio (la cita debe entenderse referida, dice el Tribunal Supremo, al artículo 230 del Texto Refundido de 9 de Abril de 1976, en relación con el artículo 9 del Real Decreto- Ley 16/81, de 16 de Octubre, habida cuenta de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997) que "Estos preceptos se refieren a la prescripción de las infracciones urbanísticas, y, por lo tanto, son perfectamente inaplicables al caso de autos, en que, como decíamos, lo impugnado no es una sanción sino una medida de restablecimiento de la legalidad urbanística".*

También acoge la Sala del TSJ-CLM en su Sentencia 105/2013 los razonamientos del Tribunal Constitucional: **"El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente (Auto 145/2012, de 12 de julio), en relación con una cuestión de inconstitucionalidad cuyo planteamiento partía del presupuesto de entender que la existencia de una obligación de reparar el daño medioambiental presupone la existencia de una sanción administrativa impuesta previo el correspondiente procedimiento sancionador, en cuyo seno habrían de establecerse las medidas de reparación oportunas, y ha declarado que "la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas**

a un régimen jurídico distinto. Distinción que deriva ya de lo dispuesto en el art. 45 CE, el cual, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Esa distinta consideración de la **obligación de restaurar el daño medioambiental, expresión del interés público** en la conservación del medio ambiente que consagra el art. 45 CE, se basa en que la misma pretende la adopción de las medidas necesarias para el **restablecimiento de la situación indebidamente alterada a consecuencia de una actuación que no se ajusta al orden jurídico y que se ve así infringido y eso con independencia de las consecuencias punitivas en forma de sanción administrativa que, en su caso, pudieran derivarse.** Es decir, como apunta el Ministerio Fiscal, **para que la medida correctora se imponga no es necesaria la previa existencia de sanción, sino el incumplimiento o la infracción.**" El aludido auto nos recuerda, a renglón seguido, que tal obligación carece del contenido aflictivo que es propio de las sanciones administrativas por cuanto de las mismas no es posible predicar finalidad punitiva alguna, lo que pone de manifiesto su distinta naturaleza que justifica un distinto tratamiento legal, y concluye, con cita de la STC 187/2006, de 19 de junio, F. 3, diciendo que "«En la medida en que las garantías previstas en el art. 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de **obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental**». También la STC

252/2006, de 25 de julio, F.5, recalca la distinta naturaleza de la obligación de reparar el medio ambiente dañado respecto de la predicable de las sanciones administrativas con la consiguiente falta de afectación a las garantías protegidas por el art. 25.1 CE, cuando afirma que «la lesión del derecho a legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) sólo se produce por la sanción administrativa, pero no se ve comprometido tal derecho fundamental por la imposición de una medida de restablecimiento del medio ambiente lesionado en virtud de la actuación de la demandante de amparo. (...)»

Como hemos referido anteriormente, entre los argumentos que expuso la operadora de distribución eléctrica para no afrontar el abono de la indemnización de animales electrocutados, se alegaba que al haber prescrito la infracción no podía exigírsele el abono de la indemnización y que la referencia al artículo 126.4³⁶ Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza lo era sólo para medidas complementarias ya impuestas y firmes, sin que la Administración disponga de un plazo de 15 años para exigir o reclamar o perseguir una infracción. En cuanto a **la reparación del daño causado**, el artículo 45.1 de la Constitución Española refiere el **deber “de todos”** de conservar el medio ambiente y en el artículo 45.3 establece la **obligación de reparar el daño** causado para quién no lo cumplieran. De estos preceptos deriva la regulación establecida en el **artículo 118.1 de la Ley 9/1999** (en el mismo sentido el **artículo 75.2 de la Ley estatal 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad**) que prevé la **obligación de reparar el daño causado** sin perjuicio de las sanciones que pudiera o no corresponder. Este, además, es el sentido que reiteradísima jurisprudencia viene siguiéndose en el

³⁶ El deber de restituir las cosas y la realidad biofísica a su estado inicial prescribirá en el plazo de 15 años.

Tribunal Supremo y en la Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJ-CLM. Por referir alguna, baste señalar la **Sentencia del TS de 15/10/2009** (Nº de Recurso: 272/2005 - Id. Cendoj: 28079130052009100553), que declara la **compatibilidad de la reparación de daños y la reposición al estado anterior**, señalando, además, la posibilidad de aplicar los preceptos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, la que, aun cuando no resulte aplicable al caso enjuiciado, corrobora o afianza la aludida interpretación jurisprudencial, pues, a partir de su entrada en vigor, la reparación de los daños y perjuicios y la reposición de las cosas a su estado anterior, está facultada la Administración para exigir las, cuando no deriven de la comisión de una infracción tipificada o ésta hubiese prescrito, a través del procedimiento y en aplicación de lo establecido en los artículos 2.1. b. 7 y 22, 4, 19, 20, 21 y 41 a 49 de la mencionada Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental. Todo ello en virtud del principio de "**quien contamina, paga**" y con independencia de que haya o no sanción administrativa. En este mismo sentido, **el TSJ-CLM** viene sosteniendo la misma tesis en sentencias como la **nº 420 de 09/05/2012** (Rec. 167/2008 - Id. Cendoj: 02003330022012100506), donde en su FJ 7º refiere incluso que, aun cuando no procediera imponer sanción por la causa que fuere "**esta sala, y el Tribunal Supremo, han tenido siempre en cuenta que las facultades administrativas sobre determinados ámbitos la habilitan no sólo para sancionar, sino también para llevar a término procesos de restablecimiento de la legalidad incluso cuando no hay posibilidad de imponer sanción** (por ejemplo por prescripción de la infracción, pero no de la acción de restablecimiento, que se sujeta a los plazos de prescripción propios de las acciones civiles personales o reales, según los casos, o que puede incluso ser

*imprescriptible si se refiere al demanio público; o por vulneración de principios sólo aplicables al ámbito sancionador); esto es, la Administración puede incoar procedimientos para la aplicación de medidas no propiamente sancionadoras. A partir de esa idea, **en numerosas ocasiones hemos anulado la sanción, pero mantenido la medida** cuando la causa o motivo que llevaba a la anulación de la sanción no alcanzaba a la medida, rechazando una aplicación automática del principio del derecho procesal penal en el que la falta de responsabilidad penal implica la no declaración de responsabilidad civil (aunque no siempre: recuérdese el denominado "auto de cuantía máxima" de la Ley del Automóvil); pues el Juez penal carece en principio de potestades para hacer declaraciones civiles si no es como consecuencia de la imposición de una pena, pero la **Administración mantiene la potestad sancionadora y la de restablecimiento**, ambas pues, en todo caso. Pues bien, en el caso de autos, desde luego la medida de restablecimiento de la legalidad que se acordó en la resolución impugnada no resulta afectada por los problemas de legalidad en la tipificación de la infracción que han llevado a la anulación de la sanción; y el procedimiento sancionador puede valer, por realizarse con plenas garantías, como procedimiento -no sancionador- de restablecimiento de la legalidad alterada. En consecuencia, no procede anular la orden de retirada de la instalación".*

Es más, **incluso llegados al supuesto de que no concurriera el requisito de la culpabilidad**, el **Tribunal Supremo refiere, en el FJ 5º de su Sentencia de 23/02/2011** (Recurso 562/2008 – Id. Cendoj: 28079130052011100049) **que ello no le exime del deber de cumplir con la indemnización**. Así, se afirma que: "Nuestro examen sobre esta concreta cuestión comenzará señalando que **dicha indemnización, por los daños causados** al dominio

*público hidráulico, es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma, de conformidad con el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), que señala a tal fin la compatibilidad de las "responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador ... con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente..."; compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el artículo 45.3 de la Constitución Española que dispone que "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado". Y en el mismo sentido, respecto de la necesidad de reparación de los perjuicios causados, debemos traer a colación, por ser perfectamente aplicable al caso presente, el **Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22/11/2004** (Id Cendoj: 28079130052004100559, nº Rec. 174/2002), en la que se dice lo que sigue: "La acción reparadora o indemnizatoria, porque el artículo 110.1 Ley de Aguas la refiere indudablemente a "los infractores", así como el principio expresado en la fórmula "quien contamina paga", tiene una proyección objetiva que se manifiesta en la necesidad de que quien desarrolle una actividad que inevitablemente ocasione un efecto contaminante se haga cargo, como contrapartida de los beneficios que obtiene por su ejercicio, de la reparación de los perjuicios derivados de la contaminación producida. En este caso se trata de unos*

*perjuicios que no derivan del funcionamiento regular de la empresa sino de unos **daños causados por culpa o negligencia cuya reparación puede reclamar la Administración** conforme a lo previsto en el citado precepto de la Ley de Aguas y en el artículo 1902 del Código Civil. Esto supuesto, ha de advertirse a continuación que **la diligencia exigible a quien ejerce una actividad generadora de un riesgo está en proporción a la gravedad de los riesgos creados**, de tal modo que **tanto mayor será la diligencia exigible cuanto mayor sea el riesgo creado** y que en el caso presente, BOLIDEN APIRSA, S.L. estaba obligada a observar **la máxima diligencia tanto en la construcción como el mantenimiento** de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar habida cuenta que su rotura era susceptible de causar unos efectos tan devastadores como los que efectivamente se produjeron". De la detenida lectura de la Sentencia se deduce que la empresa titular de la balsa no incumplió ninguna norma sustantiva ni relacionada con inspecciones; simplemente no dispuso la diligencia exigible para evitar la rotura de la balsa; con independencia de que contara con todos los permisos en vigor y con que cumpliera con la legislación vigente.*

Todo ello puede deducirse, como apuntó el Tribunal Supremo, ex **artículo 130.2 de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. nº 285, de 27 de noviembre) señala que "Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán **compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados** que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al

*infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine". Y también, en el mismo sentido, sería aplicable el artículo **1.902 del Código Civil** que regula la culpa *aquiliana*. Actualmente, la referencia legislativa que suple al derogado artículo 130.2 señalado la encontraríamos en el **artículo 28.2 de la Ley 40/2015** del Régimen Jurídico del Sector Público, que dice lo que sigue: "2. **Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles** con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas". No obstante lo anterior, vista la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, bien podría haber optado el legislador por incorporar expresamente en dicha Ley el criterio jurisprudencial de considerar la reparación como una obligación independiente de la comisión de una infracción pero ligada a ella cuando existiera así como de carácter obligatorio en el causante de la alteración con o sin presupuestos de culpabilidad más acordes con el principio de quien contamina paga y repara. Por otro lado, si la jurisprudencia ha considerado imprescriptible la reparación en supuestos de afección al dominio público, la Ley de Responsabilidad Medioambiental, refiriéndose a los daños medioambientales, establece un **ámbito de responsabilidad de treinta años, señalando en su artículo 4 lo que sigue: "Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se***

computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño”.

En todo caso, queda **fuera de toda duda la exigencia del pago inexcusable de la indemnización de los animales electrocutados**, según se dispone en el **artículo 118.1 de la Ley 9/1999**, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, que establece que *“sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño o las alteraciones causadas sobre la realidad física y biológica, en la forma que le indique la Consejería”*. Ello ha de ponerse en relación con la habilitación legal del **artículo 119.1 de la Ley 9/1999** que ofrece el sustento legal al **Decreto 67/2008**, de 13 de mayo de 2008, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, por el que se establece la **valoración de las especies de fauna silvestre amenazada** (DOCM de 16 de mayo de 2008).

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 1 de junio de 2017 dictada en el asunto C-529/15** respecto del río Mürz en el que existe una central hidroeléctrica que según el particular denunciante afecta gravemente al medio ambiente, poniendo en peligro la reproducción natural de los peces y ocasionándoles una mortalidad masiva en largos tramos del río, respecto de la que el TJUE señaló que: *“Ahora bien, de los autos a la vista del Tribunal de Justicia resulta que, en el asunto principal, la central hidroeléctrica fue autorizada y puesta en marcha antes del año 2007. También consta que, después del 30 de abril de 2007, su funcionamiento provocaba notables oscilaciones en el nivel de las aguas del río Mürz, cuya consecuencia era la alta mortalidad de los peces. Estas **oscilaciones, que son reiteradas, deben calificarse como emisión, suceso o incidente producidos después del 30 de abril de 2007, fecha***

en que los Estados miembros deberían haber incorporado a su Derecho interno la Directiva 2004/35. Además, como ha señalado el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, el hecho de que los daños alegados comenzaran antes del 30 de abril de 2007 y se deriven de la explotación de una central eléctrica autorizada antes de esa fecha carece de pertinencia.” Lo que viene a significar la STJUE del pasado 01/06/2017 es la **obligatoriedad de aplicar el principio de prevención respecto de los daños actuales de hoy aunque la actividad que los causa esté amparada por una autorización**; es decir, que se configura el **carácter retroactivo de la obligatoriedad de implantar medidas que corrijan y mitiguen los daños medioambientales actuales aunque se trate de obras o proyectos autorizados**. Tal es así porque **esos daños son antijurídicos y no están amparados por tales autorizaciones** a menos que específicamente se tratara de una autorización ambiental que admitiera la causación de un daño moderado y asumible por proporcionado y no significativo. Contrariamente, a esta STJUE el TSJPV dictó Sentencia nº 77/2013 (Recurso nº 1458/2010 - Id Cendoj: 48020330022013100474) en términos absolutamente contrarios. Se recurría la ausencia de inicio de un procedimiento de Responsabilidad Medioambiental respecto de un vertedero de residuos tóxicos y peligrosos junto al aeropuerto de Bilbao. La Asociación ecologista Lur Maitea solicitó también el planteamiento de una cuestión prejudicial al TSJUE respecto de la aplicabilidad *ratione temporis* de la Directiva a dicho vertedero, que también fue rechazada por el TSJPV, con evidente error tal y como demuestra la referida STJUE de 01/06/2017. No faltan múltiples ejemplos de cómo los Tribunales españoles aplican indebidamente el derecho y la jurisprudencia europea si bien no entraremos ahora a exponer tales casos. En cuanto a aplicación retroactiva de la norma medioambiental, no es la primera Sentencia

del TJUE que va en esta línea. Así, en 2010 el TJUE dictó la importantísima “*Sentencia Papenburg*” (STJUE 14/01/2010 en asunto C-226/2008 y también en asunto C-404/09 contra España en relación con el urogallo cantábrico) que venía a señalar el carácter retroactivo de la necesidad de evaluación ambiental respecto de proyectos autorizados con anterioridad pero que pudieran estar causando perjuicios significativos al medioambiente. En fechas recientes la STJUE de 14/01/2016 (Asunto C-141/14) vuelve a insistir en la cuestión de la **aplicabilidad *ratione temporis* del régimen de protección** respecto de las Directivas de Aves y de Hábitats. Así, se vuelve a reiterar que: “51 .- A este respecto, **de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre los hábitats se aplica también a instalaciones cuyo proyecto ha sido autorizado por la autoridad competente antes de que la protección prevista por la citada Directiva sea de aplicación a la zona de protección de que se trata (véase, en ese sentido, la sentencia Comisión/España, C404/09, EU:C:2011:768, apartado124).** 52 .- En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, **si bien tales proyectos no se hallan sujetos a las disposiciones reguladoras del procedimiento de evaluación previa** de las repercusiones del proyecto sobre el lugar de que se trata, contenidas en la Directiva sobre los hábitats, **su ejecución queda no obstante comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, de dicha Directiva (sentencias Stadt Papenburg, C-226/08, EU:C:2010:10, apartados 48 y 49, y Comisión/España, C-404/09, EU:C:2011:768, apartado125)**”. Es cierto que en ellas no se habla de Responsabilidad Medioambiental pero se disloca el derecho tradicional español que no suele ser proclive a admitir la retroactividad, en este caso de la necesidad de evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en la línea que comentamos en el año 2012, cuando refiere el **principio de no regresión ambiental (STS de 10/07/2012 Id Cendoj: 28079130052012100527)** Y **la Ley 33/2015 modificó la Ley 42/2007 e introdujo el principio de no pérdida neta de biodiversidad³⁷** en su artículo 2.c) que se relacionan con el principio de desarrollo sostenible y el principio de quien contamina paga. También relacionado con lo anterior aunque indirectamente, el Tribunal Supremo ha desligado la prescripción de la infracción respecto de la caducidad de la acción sobre la necesidad de reparación como más adelante veremos. Y no olvidemos que en la Sentencia de Alzalcollar (Boliden) se justificó una sanción por no haber implantado sistemas eficaces de prevención de daños medioambientales, aun cuando no estaba expresamente positivizada la obligación de adoptar las mejores tecnologías disponibles o al menos las que se considerasen eficaces. La Sentencia basó la culpabilidad por la rotura de la presa al no haber implantado un eficaz sistema de prevención de daños; al margen de que no se había incumplido una Ley, una disposición normativa o una autorización y tampoco fue desfavorable ninguna inspección. Y en la STJUE de 24/11/2011 sobre el Urogallo, justificando que la aprobación de un proyecto supondría o podría suponer la pérdida poblacional, o la regresión del urogallo, se condenaba a España por autorizar el proyecto. Sin decirlo, el TJUE hablaba ya del principio de no pérdida neta de biodiversidad o de no regresión ambiental. Y en la **STJUE de 14/01/2016** contra Bulgaria, también se refleja la aplicación retroactiva de la Directiva de Hábitats en el sentido de exigir una adecuada evaluación ambiental para establecer las medidas de prevención necesarias. Es decir, que se estaba también señalando el

³⁷ *No net loss.*

carácter retroactivo de las obligaciones que se derivan del principio de prevención; todo ello, se deduce que en consonancia con la Directiva de RM. Y en cuanto a la protección medioambiental del Suelo, el TS ha referido también el principio de no regresión ambiental en el caso del Hotel Algarrobo en su Sentencia de 2016.

18. LA DIRECTIVA 2008/99/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2008 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL.

El objetivo de la Directiva 2008/99/CE es alcanzar un **nivel elevado de protección del medioambiente** ante el significativo aumento de **delitos** medioambientales aplicando sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas; tal y como se expone en sus considerandos. Se trata de aplicar sanciones penales más disuasorias que puedan causar daños sustanciales a animales, incluida la conservación de especies, instando a los Estados miembros a **tipificar el incumplimiento de obligaciones legales que pueda tener el mismo efecto que un comportamiento activo** cuando se cometan dolosamente o por imprudencia grave. Y ello sin perjuicio de otros regímenes de responsabilidad por daños medioambientales. Entre los ilícitos penales que se significan de aplicación se mencionan las **especies protegidas de fauna silvestre contempladas en el Anexo IV de la Directiva 92/43/CEE de Hábitats, el Anexo I de la actual Directiva 2009/179/CE de Aves**; exigiendo su aplicabilidad a todas las personas

jurídicas, sin perjuicio de la posibilidad de incluir también a personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos. A este respecto, **la Directiva obliga a tipificar como delito la explotación de instalaciones** en las que se realice una **actividad peligrosa que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a animales así como la matanza o la destrucción de especies protegidas de fauna salvo que se tratara de casos en los que la conducta u omisión afectara a un número insignificante de estos ejemplares y fueran también insignificantes las consecuencias para el estado de conservación de las especies**. La Directiva exige que en la tipificación penal se incurra por dolo o negligencia grave y establece que se deberá incorporar entre los responsables a las personas jurídicas. De manera que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas sean responsables con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y se hace mención expresa a las especies protegidas en el Anexo IV de la Directiva de Hábitats y del Anexo I de la Directiva de Aves así como a la existencia de Zonas de Especial Protección de Aves y Zonas de Especial Conservación. Únicamente se excluyen de su consideración penal cuando se afecte un número insignificante de especies con una trascendencia insignificante para el estado de conservación. Por otro lado, la obligación de transponer a derecho interno el contenido de la Directiva se fija en la misma antes del 26/12/2010. No obstante, el legislador español no ha cumplido con sus obligaciones en ese plazo pues no es sino con la **Ley Orgánica 1/2015**, de 30 marzo (en vigor **desde el 01/07/2015**), con la introducción del **artículo 326 bis** en el Código Penal, cuando puede considerarse transpuesta a derecho interno la regulación penal que permite amparar los supuestos de electrocuciones de especies protegidas, pero también respecto de otros

supuestos por otras actividades peligrosas. No obstante, en virtud del principio de intervención mínima, consideramos que sólo los casos más sangrantes e incluso reiterados debiera emprenderse la vía penal respecto de las personas jurídicas supuestamente responsables; dado que el artículo es uno de los que se prevén de aplicación a aquellas.

19. EL PAPEL DE LA FISCALÍA DE MEDIOAMBIENTE ANTE LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA EN LA VÍA ADMINISTRATIVA, EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EN LA VÍA PENAL.

La **Disposición Adicional Octava de la Ley RM** otorga un papel de relevancia a la Fiscalía de Urbanismo y Medioambiente en la defensa activa del medioambiente. Se prevé su intervención demandando tutela judicial o por inactividad de la Administración o por una actuación material que constituya vía de hecho. Además, la intervención de la Fiscalía no se ciñe sólo a la jurisdicción contenciosa-administrativa, puesto que la propia Disposición prevé la obligatoriedad por la Administración de prestarle colaboración y auxilio técnico y material o de otro tipo para la efectiva realización de sus funciones ante la jurisdicción contenciosa. De modo que la Fiscalía extiende su ámbito de actuación ante la Administración como presupuesto previo para asegurar de un modo finalista la efectiva defensa del medioambiente no sólo desde un punto de vista formal sino verdaderamente real para garantizar el resultado del cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración. Por ello, la Fiscalía puede demandar a la Administración en un supuesto de incumplimiento de las obligaciones que se

derivan de la LRM, interponiendo el recurso de inactividad de la misma. No obstante, la supuesta inactividad de la Administración debe ser indubitada y no situarse en un terreno donde campe la discrecionalidad reconocida a la Administración, puesto que la Fiscalía, en este caso, no puede inmiscuirse en las libres decisiones administrativas. Otro límite o condición que podría parecer exigible para legitimar su actuación ante la JCA es que exista una prestación debida en favor de personas determinadas de acuerdo con el artículo 29.1 de la LJCA. Sin embargo, si fuesen determinadas ONG's ambientales que gocen de la condición de legitimados, entendemos que dicho límite sería vencido cuando éstas instasen a la Fiscalía. No obstante lo anterior, la Disposición Adicional Octava ha venido a introducir un supuesto concreto y específico al margen de las previsiones legales del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por Ley 50/1981 y de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, aprobada por Ley 29/1998) puesto que el contenido de la misma sitúa a la Fiscalía de Medioambiente en la posibilidad de reclamar información ante las Autoridades Administrativas e incluso instarles la iniciación de los procedimientos de exigencia de Responsabilidad Medioambiental o sancionadores correspondientes ya fueran en aplicación de la legislación de industria o de la de medioambiente; pudiendo incluso recurrir en vía contenciosa los supuestos de inactividad de las Administraciones. Así, la Fiscalía de Medioambiente adquiere un papel de relevancia actuando a través de la justicia en los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso, pudiendo incluso instar, en nuestra opinión, el nuevo recurso extraordinario en interés de ley aprobado con la introducción de la Disposición Adicional Tercera en la Ley Orgánica 7/2015 cuando se trate de casar sentencias contrarias y gravemente dañosas a los intereses generales representados aquí por el medioambiente.

Pero al margen de esta posibilidad legal en vía contenciosa, ya hemos referido la posibilidad de aplicación de la vía penal que se prevé en el nuevo artículo 326 bis del vigente Código Penal desde el 01/07/2015. En nuestra opinión, la Fiscalía está llamada a impulsar la vía del artículo 326 bis del Código Penal y también personándose ante la Jurisdicción Contenciosa por vía de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 26/2007, superando las dudas legales que puedan existir e impulsando a los Fiscales de Medioambiente de cada provincia en el conocimiento y el interés por la materia de electrocuciones de avifauna. Aunque, el artículo 20.Dos del EOMF refiere que el Fiscal de Sala de Medioambiente ejercerá las siguientes funciones: "*b) Ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando aquella venga prevista en las diferentes leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan; c) Supervisar y coordinar la actuación de las secciones especializadas de medio ambiente y recabar los informes oportunos, dirigiendo por delegación del Fiscal General del Estado la Red de Fiscales de medio ambiente*", en el documento elaborado por la Fiscalía sobre electrocuciones de avifauna, se echa a faltar un enfoque distinto de la cuestión de las electrocuciones que trate el tema con una cierta sistemática con tres enfoques: la vía penal, la vía sancionadora de la Administración y la vía de la Responsabilidad Medioambiental (con y sin sanción). Para todo ello existe normativa suficiente como para que la Fiscalía de Sala fije posiciones claras y ejerza el papel para el que está llamado. En este sentido, se han dado ya algunos pasos importantes tomando interés en este asunto y llevando a cabo iniciativas de toma de contacto y solicitud de

información a operadores de distribución eléctrica, con CCAA, y de otras formas³⁸.

20. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD MEDIOAMBIENTAL DE CIERTOS TENDIDOS PELIGROSOS PARA LA AVIFAUNA.

Una parte importante de los tendidos eléctricos estaban o están todavía en situación de irregularidad administrativa desde el punto de vista legal del órgano sustantivo, pues no se han regularizado de acuerdo a la **disposición transitoria tercera del Real Decreto 337/2014**, de 9 de mayo, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ITC-RAT 01 a 23. Y, adicionalmente, no pasan tampoco las inspecciones que ese mismo RD establece cada tres años. A esta circunstancia de ausencia de legalidad sustantiva, se suma el hecho de que las empresas distribuidoras están permitiendo la continuidad de un suministro a una línea en situación de irregularidad propiedad de operadores económicos y profesionales privados en donde se pueden estar produciendo electrocuciones de especies amenazadas; lo que conlleva muchas veces que el titular del tendido ni siquiera sea consciente de su situación respecto del tendido de su propiedad; máxime si conforme se exige en la legislación industrial incluso lleva a cabo las revisiones de la línea

³⁸ <https://www.elperiodico.com/es/medio-ambiente/20180311/fiscalia-investiga-muerte-electrocutadas-aves-torres-electricas-6677199>

exigidas cada tres años. Los **artículos 17.2 y 21.1** del Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión, aprobado por el **Real Decreto 337/2014**, de 9 de mayo, exigen una **inspección periódica de las líneas cada tres años y la aportación de un acta de verificación o de inspección de la instalación**. En este RD no se establece ni se menciona siquiera que las instalaciones deban pasar una inspección o certificarse respecto de que cumplan con las prescripciones técnicas mínimas previstas en el RD 1432/2008. Sin embargo de ello, las CCAA pueden dictar sus propias normas adicionales con el carácter de normas técnicas de seguridad industrial y de protección adicional del medioambiente, como ocurrió cuando se aprobó el **Decreto 5/1999** sobre Normativa de Protección de Avifauna en tendidos eléctricos de CLM. En este sentido, sería necesario actualizar el Real Decreto 337/2014 y los Decretos autonómicos a los efectos de incorporar una modificación legal por la que Industria obligue a las compañías, a los particulares, a los Organismos de Control Autorizados (OCA's), a los Ingenieros Industriales y a los Colegios de Ingenieros Industriales a cerciorarse y verificar que tanto las instalaciones nuevas como las preexistentes cumplen con la normativa de protección de avifauna prevista en el RD 1432/2008. Aunque la ITC-LAT 05 ha sido actualizada en enero de 2018 y sí contiene ahora referencias al RD 1432/2008, entendemos la insuficiencia de la medida que debiera subsanarse con una mención legal expresamente contemplada en el Reglamento técnico de inspecciones y verificaciones; exigiéndose, además, que la normativa de protección de avifauna se extendiera a todo el territorio nacional y no sólo a zonas prioritarias, así como ese régimen de inspecciones tuviera una mayor seguridad jurídica con esa modificación legal.

21. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES MEDIOAMBIENTALES.

Reina en la práctica la confusión legal, en cuanto al ámbito de las obligaciones para con el medioambiente se refiere, por cuanto que muchos titulares todavía creen que disponer de una autorización de una línea peligrosa antigua, que ello les puede eximir de responsabilidad. No obstante, esa circunstancia proviene en una parte derivada de la interpretación jurídica que realizan los operadores del derecho. Por un lado, en materia industrial, las instalaciones deben adecuarse y cumplir con la legislación vigente en el momento de su autorización por el órgano sustantivo. De modo que si no se hace una reforma de la instalación lo oportuno es pensar que se cumple con la legalidad vigente, cuando no es así, al menos respecto de la normativa medioambiental, aunque sea de ese modo conforme a la legalidad sustantiva. Como hemos referido la antijuridicidad del daño ambiental no puede entenderse amparada en la autorización sustantiva. Pero otra causa de esta confusión legal también la encontramos en el Real Decreto 1432/2008, que aunque es posterior a la Ley 26/2007, nada dice ni menciona de ella e incluso viene a contradecirla flagrantemente al señalar el compromiso de la financiación total de las inversiones por parte del Estado vulnerando el principio de quien contamina paga. Aunque el RD 1432/2008 tiene un ámbito de aplicación en zonas de protección prioritaria de avifauna, no puede deducirse que los titulares de líneas en otras zonas, y en las propias zonas prioritarias, puedan desatender las obligaciones de prevención, de evitación de nuevos daños y de reparación reguladas en la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. Del mismo modo, tampoco el RD 1432/2008 puede significar que las obligaciones insertas en el artículo 9 de la Ley

21/1992 de Industria hayan dejado de ser exigibles porque el tendido esté o no en zonas prioritarias de protección de avifauna. Aunque la Sentencia 251/2018 del TSJ-CLM, analizando un caso de electrocución de avifauna en zona prioritaria de protección hace referencia a que la obligación de sufragar los costes es de los operadores económicos y profesionales, matiza que: ***“No se trata de aplicación retroactiva de las normas sino de cumplir las obligaciones que le vienen impuestas más allá de mantener las líneas eléctricas en el mismo estado en el que se implantaron; pues, como indica la propia resolución sancionadora recurrida, viene obligado por el art. 9 de la Ley 26/2007 a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes”***. Por tanto, la vigencia de estas obligaciones, puesto que la Ley 26/2007 en absoluto limita su aplicabilidad a determinadas zonas prioritarias ni a espacios naturales protegidos, en modo alguno permite deducir al operador jurídico que si se es titular de una línea situada fuera de esas zonas prioritarias ello serviría para deducir que no está afectado por las obligaciones ambientales señaladas. Otro aspecto que también rechina y genera confusión entre los obligados es la cuestión de la ausencia de ayudas de financiación pública. Referido exclusivamente a zonas prioritarias, conforme al RD 1432/2008, su Disposición Adicional Única parece contener un derecho del obligado a reformar el tendido de modo que se le financie íntegramente la inversión. Además de que ya se ha dicho por la jurisprudencia del TSJ-CLM que esta concreta cuestión son meras fórmulas programáticas de fomento y no un verdadero derecho, no faltan tampoco Sentencias que tratan la cuestión de que el Estado no lleve a cabo una determinada actuación o que proceda a modificar una norma minando con ello las expectativas de beneficios económicos de los inversores que, a la vista

de la norma en su día vigente procedieron a realizar tal inversión y después, con un cambio normativo, han visto defraudadas aquellas expectativas. En supuestos como este, el Tribunal Supremo ha confirmado y establecido ya una consolidada línea jurisprudencial, precisamente en el sector eléctrico, cuando ha tratado la cuestión llamada o conocida entre la doctrina como el "**riesgo regulatorio**", que relacionamos aquí con la ausencia de convocatorias de subvenciones previa aprobación de partidas presupuestarias en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En alguna de las sentencias más destacadas del Tribunal Supremo sobre el "*riesgo regulatorio*" se analiza la reclamación que hacían aquellas personas que, motivadas por la política de fomento que supuso la aprobación del Real Decreto 661/2007, que favorecía y animaba a futuros inversores para el impulso de la energía fotovoltaica, los cuales vieron truncadas sus **expectativas** de subvenciones y beneficios; y hasta llegaron a la quiebra, por los cambios normativos que operaron con las modificaciones a aquél Real Decreto a través del Real Decreto 1565/2010 y otras modificaciones posteriores. Así, tan Alto Tribunal refiere en su **Sentencia de 12/04/2012** (Id Cendoj: 28079130032012100180) que la supresión de la tarifa regulada en la que basaban sus **expectativas** de beneficio los inversores en fotovoltaicas **no constituye una irretroactividad prohibida** puesto que la proyección a futuro que se daba con el plazo de 25 años (luego 28 y después 30) no es calificable como retroactiva, dicho *grosso modo*, cuando dispone el recorte o, finalmente, la eliminación o cese de los cobros previstos, y no la devolución de cantidades ya cobradas. En este sentido, **los cambios normativos** operados sobre tales precios regulados, en los que basaban sus expectativas de beneficio y para la financiación de las inversiones por parte de tales inversores, no resultan ni ilegales ni se contradicen con los principios generales del derecho tales como los de confianza legítima, buena fe,

interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, o de rentabilidad razonable. En otro sentido, también el **Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 30/2016** del Pleno, de fecha 18/02/2016, expone que *“se alega por los recurrentes la infracción del principio de seguridad jurídica y del principio de irretroactividad de las normas, contemplados ambos en el art. 9.3 CE. Los argumentos expuestos por los recurrentes, fueron ya expresamente rechazados en el fundamento jurídico 7 a) de la STC 270/2015, a la que también procede remitirse en este punto.*

Así, y en cuanto al primero, hemos afirmado que «el principio de seguridad jurídica, entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados. El respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013, más aún —como sucede en el presente caso—, en un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza

legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-Ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

A este respecto, las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico. No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un «operador económico prudente y diligente», atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores”.

Por tanto, podemos considerar que las expectativas de financiación respecto de la previsión de financiación estatal y la posterior ausencia de las dotaciones presupuestarias correspondientes, para llevar a cabo

actuaciones de interés general, podrían tratarse o tener las mismas consecuencias que esos "*cambios regulatorios*" que no han tenido materialización a la vista de la realidad material, pero esos "*cambios*" basados en meras expectativas que, por otro lado, hay que decirlo hace el Gobierno con una fórmula de dudosa constitucionalidad, por cuanto que incidiría directamente contra el principio de legalidad presupuestario que atribuye a las Cortes Generales la potestad de aprobar los Presupuestos Generales del Estado, no consideramos que vulneren ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima por cuanto que se trata de meras promesas y no de obligaciones impuestas por el Estado respecto de las que poder deducir derechos. Por tanto, el que el Estado, a través de las Cortes Generales, no haya podido atender, por las razones que fueren, las dotaciones presupuestarias anunciadas en la Disposición Adicional Única por el Gobierno en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, no le permite deducir a los operadores de distribución eléctrica y otros obligados por la Ley 26/2007 que resulta legítimo o legal causar la muerte de especies amenazadas en tendidos identificados previamente como peligrosos para la avifauna o en donde ya constan daños ambientales, en tanto en cuanto se está a la espera, de esa financiación esperada.

Otra de las cuestiones llamadas a error respecto de las soluciones técnicas a realizar tiene su origen en el RD 1432/2008 y en los Decretos autonómicos que se han promulgado para resolver el problema de la electrocución de avifauna. En estos Decretos se contienen disposiciones mínimas en cuanto a la seguridad de las crucetas y su diseño constructivo con respecto de la avifauna. Se trata como decimos de exigencias de carácter mínimo, e insuficiente en muchos aspectos, para prevenir las amenazas de daño por electrocución y la evitación de nuevos daños

ambientales. Sobre la cuestión de las medidas a realizar para modificar los tendidos eléctricos, a pesar del gran avance que supone en muchos aspectos técnicos como exigencias mínimas, ni mucho menos se puede deducir que cumpliendo con estas prescripciones constructivas mínimas se evita de forma infalible la electrocución. El deber de prevenir y evitar daños ambientales que se exige en la Ley de Responsabilidad Medioambiental, justamente al contrario, prevé que las soluciones técnicas a implantar para cumplir con las obligaciones legales de prevención, evitación y reparación pasa por adoptar soluciones que incorporen las Mejores Tecnologías Disponibles. Por tanto, reformar el tendido para implantar sólo esas mejoras mínimas pero no del todo eficaces no sirve para eximir de responsabilidad al obligado.

22. OTROS PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL DE APLICACIÓN.

Cabría añadir que además del principio de ***quién contamina paga***, la jurisprudencia europea y española y la doctrina administrativista ambiental más reputada vienen avanzando, evolucionando y señalando insistentemente en la aplicabilidad de los principios de "***no regresión ambiental***" (o *cláusula stand still* o de *statu quo*; avalado ya y recogido por el propio Tribunal Supremo en la **STS de 16/04/2015** (Recurso 3068/2012 – Id. Cendoj: 28079130052015100136) o en las STS de 30/09/2011 (Casación 1294/2008); de 29/03/2012 (Casación 3425/2009); 10/07/2012 (Casación 2483/2009) y 29/11/2012 (Casación 6440/2010) y de 14/10/2014 (Casación 2488/2012); del principio de "***prevención ambiental***"; el de "***desarrollo sostenible***"; o el de "***no pérdida neta de***

biodiversidad", como fórmula para imponer medidas compensatorias para que el resultado final resulte ambientalmente equilibrado; **o el de *prevalencia ambiental***; todos ellos vinculados a la protección finalista del derecho medioambiental, e incluso éste último positivizado en la propia legislación ambiental. De manera que la formulación constitucional del deber de todos de conservar el medioambiente y la evolución de la legislación y jurisprudencia, y hasta de la mentalidad de la sociedad actual exige poner fin al más grave de los problemas de conservación de la avifauna protegida, que además es un patrimonio público natural que no le puede ser hurtado impunemente a la sociedad sin que de ello dejen de derivarse responsabilidades para el causante que tuvo la posibilidad de haber evitado el resultado dañoso y no lo hizo.

23. LAS ZONAS DE PROTECCIÓN PRIORITARIA DEL REAL DECRETO 1432/2008.

Las mallas o zonas prioritarias de protección de avifauna aprobadas en aplicación del Real Decreto 1432/2008, *grosso modo*, sólo suponen la mitad del territorio, aunque **los casos de electrocución tanto en número de individuos como en categoría de los mismos, se producen casi en similar proporción tanto dentro de las zonificaciones en mallas como fuera de ellas**; sin que exista más diferencia que la de que se supone que los animales habitan en unas determinadas zonas, pero pudiendo ocurrir, como ocurre en la práctica real, una electrocución en los lugares más insospechados y con más frecuencia de la que podría esperarse.

Algunas de las grandes compañías de distribución intentan llegar a acuerdos y compromisos con los

Gobiernos al efecto de emprender las reformas de tendidos que debían haber llevado a cabo hace muchos años; y vencidos ya los plazos que se fijaron en el Real Decreto 1432/2008 con fecha límite para estas zonas prioritarias. Estos acuerdos, que pueden ser verbales o por escrito, por impedimento legal, no pueden ni deben incorporar la suspensión de los expedientes sancionadores que procedieran ni la renegociación a la baja de sus obligaciones de preservación de la biodiversidad estableciendo nuevas moratorias que permitan seguir dando lugar a la muerte de avifauna amenazada en tanto en cuanto llevan a cabo la modificación de un ínfimo número de postes eléctricos en términos comparativos con los cientos de miles de postes a modificar. La vía de diálogo que referimos ni resulta legal en estos términos ni se justifica tampoco éticamente ante la gravísima problemática que causan los tendidos eléctricos. El argumento principal que han utilizado siempre las distribuidoras eléctricas es que en tanto la Administración no dispusiera las partidas presupuestarias para afrontar esas inversiones no les era exigible la obligación de acometer ninguna modificación de los tendidos.

Con la aprobación del **Real Decreto 1432/2008** se pretende poner fin al más grave de los problemas que tiene la avifauna en el estado español pero sólo respecto de una parte del territorio español. En el mismo se establecen normas de carácter técnico en cuanto a diseño de los tendidos, al efecto de impedir que las aves de gran tamaño resulten muertas por electrocución. Estas soluciones técnicas son sencillas y baratas en su ejecución, siendo obligatorias para todas las nuevas instalaciones que se autoricen a partir de la entrada en vigor del RD. Con respecto a las instalaciones antiguas, las graves causantes de la tan altísima mortalidad actual, se establece un método y un calendario de actuaciones. En primer lugar, se definen las zonas donde resultará

aplicable el Real Decreto; concretándose **tres zonas: a)** las insertas en Zonas de Especial Protección de Aves (ZEPA´s: Red Natura 2000); **b)** Zonas donde se esté aplicando un Plan de Recuperación de Especies; y **c)** Áreas Prioritarias de reproducción, alimentación, campeo, dispersión y concentración.

El Real Decreto establece que a partir de que las Consejerías de Medioambiente de las Comunidades Autónomas aprueben las zonificaciones (se denominan "mallas" en CLM), las Consejerías de Industria disponían de un plazo de un año para publicar una Relación de líneas afectadas por estas zonificaciones de protección. En CLM la **Resolución de 28/08/2009** del OAEN estableció las mallas de protección prioritarias; estando disponibles en la web de la JCCM las capas en formato GVSig. Tres meses después de aprobarse tales mallas, **la Consejería de Industria recabó consulta por escrito** (reiterada en ausencia de contestación) con acuse de recibo **a las empresas distribuidoras eléctricas** de la región. La propia Resolución refiere que se trata de los datos que ha obtenido de las distribuidoras; **sin que haya realizado ninguna notificación personal a ninguna empresa o particular** propietario de un tendido eléctrico; ya que en muchos casos desconoce la propiedad y titularidad del mismo; especialmente respecto de los tendidos más antiguos, careciendo de una base de datos actualizada, desconociendo el uso de los sistemas estándar de GVSig para identificación de Coordenadas UTM, y amparándose en que previa consulta al Gestor u operador dominante de la Red eléctrica podría conocer algunos datos que le llevaran a identificar los tendidos de particulares. Se da la circunstancia de que la Dirección General de Industria, con la legislación que estuvo vigente en su momento, no dispuso estas décadas pasadas de un registro de forma informatizada de los titulares de las líneas eléctricas por no constar legislación que lo regulara, recibiendo así del

antiguo Ministerio de Industria sólo en papel una infinidad de expedientes de líneas antiguas de difícil manejo. Por ello, la Dirección General de Industria podría no haber podido contactar con algunos titulares de tendidos si esta hubiere sido su intención, incluso con respecto de tendidos legales y mucho menos con los que siguen en situación de ilegalidad, puesto que la propia Resolución de 17/12/2009 refiere que el Anexo comprende solo la información que suministran las empresas distribuidoras de electricidad. Por otro lado, **la relación de líneas que incorpora la Resolución contiene numerosos errores**, y no resulta fácil determinar si un determinado poste eléctrico o línea está o no contemplado en la relación, ya que la identificación de los mismos deviene de denominaciones internas propias de cada distribuidora que no son conocidas en muchos casos ni para la Administración de Industria ni de Medioambiente; pero, muy especialmente, han quedado muchísimos tendidos de empresas distribuidoras pendientes de ser incorporados a aquella relación; lo que no ha sido óbice para que las sanciones impuestas por electrocuciones fueran confirmadas por el TSJ-CLM. En cuanto a los tendidos de particulares ninguno se ha incluido. A partir de la publicación de la Resolución de Industria, las empresas distribuidoras debían presentar un proyecto de modificación del tendido en **el plazo de un año** desde que se publicó; el cual terminó en enero de 2011; previendo el Real Decreto la **financiación por el Estado** mediante el establecimiento de partidas presupuestarias durante **cinco años a partir de que entrara en vigor el Real Decreto**, y condicionando, indebidamente, la ejecución de los proyectos presentados a la disponibilidad de financiación en el Plan de Inversiones que resultara avalado por la incorporación de partidas presupuestarias en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El **artículo 10 del Real Decreto 1432/2008** establece que el **régimen sancionador** aplicable por vulneración del mismo sería el previsto en la Ley del Sector Eléctrico así como en la normativa medioambiental. Nada se menciona respecto de la legislación de Industria aunque todos los tendidos eléctricos son instalaciones industriales. Sin embargo, ningún expediente sancionador nos consta que se haya abierto en aplicación del régimen sancionador eléctrico o industrial. En la anterior Ley 54/1997 existían diversos preceptos que podrían haber servido para imponer sanciones. Pero con la actual Ley 24/2013 del Sector Eléctrico ha desaparecido toda referencia que sirviera para sancionar por electrocuciones de avifauna, ya que sólo se hacen referencias muy genéricas respecto del Medioambiente y ninguna a fauna o avifauna, y no existe tampoco tipificación al respecto. En cambio, la Ley 21/1992 de Industria permite de un modo claro aplicar la vía sancionadora por electrocuciones de avifauna también por parte del órgano sustantivo de Industria con los artículos 31.1.a) y d); 31.2.a), m) y q); 31.3.e) y g) en relación con los artículos 9 y 10 de la misma.

Hasta ahora **el Estado no ha habilitado las partidas presupuestarias que anunció; y la Consejería de Industria de Castilla-La Mancha, hasta la fecha, no ha subsanado errores ni ha ampliado la relación de líneas afectadas** respecto de las distribuidoras que no suministraron información ninguna, aun cuando alguna operadora de distribución, después de publicarse la inicial resolución, suministró información individualizada en formato digital de cada poste concreto (uno por uno) y de cada línea.

Con la reciente aprobación del **Real Decreto 264/2017**³⁹, parece que se abre la posibilidad de que el Estado apruebe anualmente subvenciones para todo el territorio del Estado con un **límite anual de 15 millones de euros**. Con esa cifra, **palmariamente insuficiente** para modificar los tendidos antiguos, no se podría abordar siquiera mínimamente el problema de las electrocuciones de avifauna cuya inversión podría superar quizás los 50.000 millones de euros sólo para zonas prioritarias de protección. Ante la **falta de auditoria energética respecto de los costes de distribución**, tantas veces reclamada por algunos grupos políticos y organizaciones de ciudadanos, y tantas veces rechazada por los distintos Gobiernos, no se conocen verdaderamente las cifras necesarias para abordar la reforma ni el coste real de distribución de la energía eléctrica.

El **Real Decreto 264/2017 regula las subvenciones** a percibir por personas físicas o jurídicas, públicas y privadas afectadas por las zonificaciones o mallas de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución que lleven a cabo las modificaciones de los tendidos, previendo la financiación tanto de tendidos propiedad de empresas distribuidoras como de particulares de todo el territorio español. Entre los requisitos previstos en el RD 264/2017 para acceder a las ayudas, en régimen de concurrencia competitiva, el **artículo 5.1.b) exige que los proyectos de los tendidos a modificar "han de referirse a líneas eléctricas que figuren en el inventario de líneas eléctricas aéreas de alta tensión que provocan una significativa y contrastada mortalidad por electrocución"** aprobado por Industria. Es decir, que los tendidos afectados por zonas o mallas a), b) o c) de

³⁹ Publicado en BOE núm. 92 de 18 de Abril de 2017 y Corrección de Errores en BOE núm. 230 de 23 de Septiembre de 2017.

protección de avifauna frente al riesgo de electrocución deben estar insertos en el listado (inventario) contenido en la Resolución de la Dirección General de Industria de cada CCAA.

Aunque dudamos, como hemos dicho, de la legalidad del RD 264/2017 respecto de su compatibilidad con el principio de "*quien contamina, paga*" y respecto del principio europeo de libre competencia que la financiación para resolver el problema de las electrocuciones pueda ser pública, el RD ha sido ya objeto de depuración por la Sentencia nº 88/2018⁴⁰ del Tribunal Constitucional de fecha 19/07/2018, si bien ningún análisis se hace en ella sobre esta cuestión ya que deviene de un conflicto de competencias planteado por la Generalidad de Cataluña con el Estado respecto del que el Tribunal resuelve que las convocatorias de tales subvenciones corresponde gestionarlas y realizarlas a las CCAA como parte de su función ejecutiva en materia de medioambiente.

24. EL COSTE DE LAS INVERSIONES A REALIZAR POR LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA.

La modificación de un apoyo eléctrico tiene un coste aproximado de unos 2.000 €. Este dato y otras cifras económicas que vamos a dar a continuación no son más que una mera aproximación por extrapolación de cifras obtenidas de otros estudios pero sin ningún tipo de verificación, ni en absoluto se han podido contrastar. Por tanto, deben ser tomadas de un modo totalmente subjetivo y con mucha precaución. Aunque nos estamos refiriendo únicamente a las empresas del sector de

⁴⁰ Publicada en BOE de 17/08/2018.

distribución eléctrica, nos atrevemos a aventurar que las cifras de inversión que la memoria económica que acompañaba al proyecto del Real Decreto 1432/2008 antes de su aprobación refería una inversión aproximada en 2003 de unos 45 millones de euros⁴¹ sin distinguir operadores del sector de distribución ni otras empresas o particulares constituían un grave error de cálculo como luego el propio Ministerio ha comprobado y se ha hecho constar en otras publicaciones. No obstante, tratando de obtener una cifra aproximada, extrapolarlo datos aportados por una empresa de distribución eléctrica a la Dirección General de Industria de Castilla-La Mancha en diciembre de 2010, que consideraba necesarias unas inversiones de 200 millones de euros para la reforma de 44.000 apoyos en zonas prioritarias de Castilla-La Mancha según se dispuso en cumplimiento del RD 1432/2008, puede que la cifra real del coste supere con poco los 5.000 millones para todo el territorio español si se tuviese sólo en cuenta tales zonas prioritarias, o los 10.000 millones si se contase con acometer las correcciones en todo el territorio español además de en esas zonificaciones prioritarias. Insistimos en que son cifras que no están contrastadas en absoluto. Pero queremos reflejar la posibilidad del tremendo y grave error de cálculo del Ministerio de Medioambiente y del Gobierno cuando se aprobó la Disposición Adicional Única con la que el Estado pretendía asumir la financiación total con un Plan de Inversiones quinquenal. Ya en octubre de 2014 se ha publicado y constatado por

⁴¹ Estudio de integración de necesidades de financiación impuestas por el R.D. 1432/2008, con el mecanismo previsto a través de un Plan de Impulso al Medio Ambiente descargable en la siguiente dirección web: http://www.mapama.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/estudioincidenciatendidoscambioclimatico_tcm30-379323.pdf

el Ministerio el Estudio de integración de necesidades de financiación impuestas por el R.D. 1432/2008 en el que la cifra mínima se eleva a 434 millones de euros referido únicamente para las zonificaciones prioritarias y advirtiendo dicho texto que no se dispone de datos de algunas Comunidades Autónomas. De modo que el asunto de los costes de inversión presenta aún muchas dudas en cuanto a cuantía se refiere. En todo caso, ni las limitadas cifras que se señalan en el Real Decreto 264/2017 de subvenciones para afrontar la problemática de las electrocuciones ni otras formas de subvención pública autonómica parece que pudieran resultar suficientes para acabar con el problema de la electrocución de grandes rapaces; por lo que es y seguirá siendo a corto, medio y largo plazo el principal problema de conservación de nuestro Patrimonio Natural, con una gran distancia respecto de otras problemáticas de supervivencia, a menos que los multimillonarios costes de inversión fueran asumidos prácticamente en su totalidad por las grandes empresas distribuidoras así como por el resto de operadores económicos y profesionales que actúan en otros sectores de la economía; financiando, como refiere el derecho ambiental europeo, cada cual los costes e inversiones ambientales que su actividad genere.