

OBSERVATORIO DEL TERCER SECTOR AMBIENTAL

Cuaderno de Campo N°4.

COMPENSACIONES AMBIENTALES Y TERCER SECTOR



Con el apoyo de:



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN
Y MEDIO AMBIENTE



Fundación Biodiversidad

Promueve:



ASOCIACIÓN
DE FUNDACIONES
PARA LA CONSERVACIÓN
DE LA NATURALEZA

COMPENSACIONES AMBIENTALES Y TERCER SECTOR



Cuaderno de Campo N°4. Septiembre 2016.

Autores:

Dr. Carlos González-Antón Álvarez.

Catedrático EU de Derecho Administrativo. Universidad de León. Abogado y Consultor Ambiental.

Asociación de Fundaciones para la Conservación de la Naturaleza

Las opiniones y documentación aportadas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad del autor o autores de los mismos, y no reflejan necesariamente los puntos de vista de las entidades que apoyan económicamente el proyecto.



Somos miembros de la AFN las siguientes fundaciones:



www.afundacionesnaturaleza.org - info@afundacionesnaturaleza.org - 902 34 02 02

@AFNaturaleza - [facebook.com/Asociacion.Fundaciones.Conservacion.Naturaleza](https://www.facebook.com/Asociacion.Fundaciones.Conservacion.Naturaleza)

Índice

Objeto del informe	4
1. Las compensaciones ambientales y su justificación jurídica	5
1.1. Las compensaciones por daños ambientales causados por actividades ilícitas	5
1.2. Las compensaciones por daños ambientales causados por actividades lícitas	5
1.2.1. Las medidas compensatorias ambientales de proyectos autorizables	6
1.2.2. La compensación de daños ambientales causados por operadores regidos por la Directiva sobre Responsabilidad Ambiental	7
1.2.3. Los fondos de compensación ambiental y la fiscalidad ambiental sobre actividades autorizadas	8
1.3. Las compensaciones o pagos por servicios ambientales	9
1.4. Los bancos de conservación de la naturaleza (remisión)	10
2. Un instrumento de compensación ambiental por consolidar: la tasa local por ocupación del dominio público forestal, como instrumento de compensación ambiental	10
3. El papel del Tercer Sector Ambiental español en las compensaciones ambientales y en los pagos por los servicios ambientales	11
Notas	13

Saludo y objeto del informe

Este breve informe tiene por objeto apuntar una serie de reflexiones sobre algunos de los instrumentos que deben servir para **compensar**, por un lado, los **daños ambientales** que producen ciertas acciones, proyectos o actividades y, por otro lado, **compensar a aquellos que mantienen la biodiversidad**, prestando servicios ambientales o ecosistémicos. Estas figuras de naturaleza diversa tienen una aplicación y recorridos muy dispares, algunas son técnicas que necesitan una mayor difusión y una mejora sensible de su régimen jurídico. Se hace una revisión sumaria desde un planteamiento crítico proponiendo mejoras y analizando cuál es el **papel de las Fundaciones y Asociaciones ambientales** en el empleo de instrumentos de compensación —estrictamente financieros o no—, para el mantenimiento de la biodiversidad. En fin, se tratará de responder a las preguntas de qué está haciendo y qué puede hacer el Tercer Sector Ambiental (TSA) para ayudar a que los daños ambientales sean adecuadamente **reparados** y se **compense** y **pague** con suficiencia por los servicios ambientales que prestan los ecosistemas.

Se parte en este informe de un concepto amplio de compensación ambiental, englobando lo que por un lado los distintos instrumentos para intentar la reparación del daño y por otro el pago por los servicios ambientales (PSA).

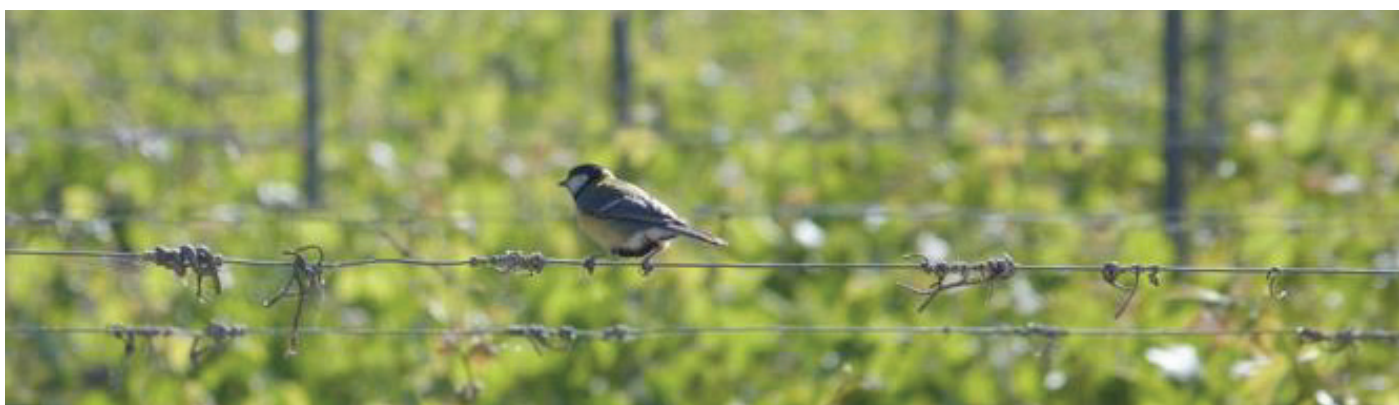
Está plenamente consolidado el principio de que los **daños ambientales deben ser reparados**. Puede afirmarse que el principio de quien contamina paga está en la base de este deber de reparación y de compensación, sin perjuicio de este principio hace tiempo que ha dejado de interpretarse como un derecho a contaminar y va siempre acompañado de otros principios que lo complementan y enriquecen¹.

También se repasará el concepto de **compensación o Pago por los Servicios Ambientales (PSA)** que prestan los ecosistemas. Sobre esta figura, existen distintos planteamientos y multitud de variantes, unos afirman que se paga por un servicio ambiental, por un beneficio directo; mientras otros entienden que lo que se hace es compensar los beneficios económicos dejados de obtener por otros usos alternativos más lucrativos o los costes del mantenimiento del ecosistema².

Tanto en unos casos como en otros, las compensaciones ambientales son económicas o valorables económicamente, lo que ha suscitado el surgimiento de numerosas líneas de investigación en el marco de la economía ambiental y también de la ciencia jurídica y gestión pública. Tampoco siempre han sido positivos los resultados de los instrumentos financieros ambientales, pues de su diseño depende que se puedan alcanzar los resultados esperados o los contrarios³.

Por tanto, y con una finalidad meramente sistematizadora y desde la perspectiva de comprobar cuál puede ser el papel del Tercer Sector Ambiental en el campo de las reparaciones y compensaciones ambientales, se podría plantear la distinción de los siguientes tipos de compensaciones ambientales, empleando este concepto los términos amplios mencionados.

Asociación de Fundaciones para la Conservación de la Naturaleza



1. Las compensaciones ambientales y su justificación jurídica

1.1. Las compensaciones por daños ambientales causados por actividades ilícitas

Las compensaciones por acciones ilícitas que causan daños al medio ambiente se justifican en la **obligación de restaurar el daño ambiental por el infractor**⁴. Existe un deber de restauración del daño, que en caso de no ser posible, se trasformaría en una compensación económica por daños ilícitos al medio ambiente. Recuérdese que el deber de restaurar o ante su imposibilidad, la indemnización por los daños ambientales ocasionados es diferente de la pena o sanción pecuniaria o de otro tipo que corresponda. Sin irnos más lejos, **el artículo 45.3** de nuestra **Constitución** consagra el deber de restaurar el daño causado. Dicho mandato ha sido incorporado en numerosas leyes, tanto en nuestro Código penal como en la normativa administrativa: así la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (artículo 79.2)⁵ como otras muchas sectoriales; de aguas⁶, montes⁷, costas⁸, residuos⁹, etc., cada una con sus respectivos matices. Como se ha señalado, la compensación del daño, vía reparación o indemnización, **debe hacerla el infractor** y para ello hay que declararle como tal, aplicando los principios que rigen en nuestro Derecho penal y sancionador administrativo, lo que ha veces provoca que haya daños, pero no se pueda exigir la reparación o indemnización¹⁰.

Pero ¿qué sucede con los daños ambientales **fortuitos**? ¿Tiene obligación de compensar los daños a la biodiversidad quien los ha provocado sin culpa ni negligencia? Se deja apuntado que excepto en los casos en los que por Ley se establezca la responsabilidad objetiva, si no existe infracción de las normas ambientales, **no podría exigirse** la restauración del daño. Hay que tener en cuenta que las normas internacionales y nacionales que regulan un gran número de actividades establecen en qué supuestos incluso los daños ambientales accidentales deben ser reparados, aspecto que excede a este informe. Es conocido que en la mayoría de los "accidentes" ambientales, los causantes apelan al carácter fortuito, a la fuerza mayor o a la absoluta diligencia desplegada para intentar eludir la sanción, pero sobre todo la obligación de indemnizar. Por ello, las actividades de peligro para al medio ambiente han sido objeto desde hace años de regulación específica en la que se tiende a imponer un responsabilidad objetiva, más allá de la culpabilidad¹¹. Lo que nos lleva al siguiente apartado.

1.2. Las compensaciones por daños ambientales causados por actividades lícitas

Aunque pueda resultar paradójico, son las **actividades lícitas** las que producen **mayor daño** ambiental, es decir, no serían daños antijurídicos, pero ello supone precisamente el principal ámbito en el que hay que reforzar los esfuerzos para evitar el deterioro del medio ambiente y de la biodiversidad de forma "legal". Se reflexionará solo sobre tres instrumentos, las **medidas compensatorias en los proyectos** sujetos a autorización, la **compensación de daños** ambientales por los profesionales regidos por la Directiva sobre Responsabilidad Ambiental y los **fondos de compensación ambiental**, nutridos con cánones específicos sobre actividades lícitas pero contaminantes.



1.2.1. Las medidas compensatorias ambientales de proyectos autorizables

Nuestra legislación hace tiempo que exige la reparación de los daños que causan proyectos que son plenamente lícitos y que deben ser autorizados. Exigir **no solo medidas correctoras**¹², sino **también compensaciones** por acciones lícitas pero que causan daño al medio ambiente tiene también justificación en la obligación constitucional de conservación del medio ambiente. En este caso, ya no hay una infracción, pero en el título autorizatorio del proyecto se incorpora la obligación de compensar por el daño que se causa al medio ambiente. Estas compensaciones ambientales serían las medidas o acciones que generarían **beneficios ambientales** en proporción a los perjuicios ocasionados por la ejecución de proyectos, siempre que no se puedan adoptar otras medidas preventivas, correctoras, de mitigación, recuperación o restauración eficaces. Un modelo muy conocido de medidas compensatorias son las impuestas por la Directiva Hábitats y que tienen por finalidad mantener la coherencia de la Red Natura 2000¹³.

Cabría preguntarse si en España **pueden imponerse medidas compensatorias** en las evaluaciones de impacto ambiental de proyectos que **no afecten a la Red Natura 2000**. El hecho de que exista una obligación tan explícita en la legislación básica de EIA¹⁴, no debe entenderse como que en España solo son obligatorias las medidas compensatorias cuando se afecte a la Red Natura 2000. Hay que reconocer que en este punto, la normativa española aparentemente tiene una menor exigencia que otras¹⁵, **pero es solo aparente**. De todas formas, repasando la evolución de las medidas compensatorias en España se comprueba que también se han aplicado fuera de RN2000¹⁶; aunque se ha comprobado que hay un **creciente rechazo por los promotores** a incorporar medidas compensatorias, incluso dentro de RN2000, intentando justificar su no incorporación en que no existen impactos significativos a dicho espacio.

Sin embargo, si se lee detenidamente la **Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental**, se llega a la conclusión de que **se deben prever medidas compensatorias para todos los proyectos** en los que sean necesarias aplicando los principios que rigen el Derecho ambiental; pues las menciones de la Ley a las medidas compensatorias son constantes y nunca están circunscritas a los proyectos **que afecten a RN2000**. Por ello, una tarea de las entidades del Tercer Sector Ambiental sería **desmontar el mito** de que solo pueden exigirse medidas compensatorias en RN2000. Así, debe recordarse el primer párrafo del Preámbulo de la Ley 21/2013, que marca la interpretación que hay que dar a todo el articulado:

«La evaluación ambiental resulta indispensable para la protección del medio ambiente. Facilita la incorporación de los criterios de sostenibilidad en la toma de decisiones estratégicas, a través de la evaluación de los planes y programas. Y a través de la evaluación de proyectos, garantiza una adecuada prevención de los impactos ambientales concretos que se puedan generar, al tiempo que establece mecanismos eficaces de corrección o compensación».

Por si cupiera alguna duda, el **artículo 2** de la Ley establece como principio de la evaluación ambiental: «c) Acción preventiva y cautelar, corrección y **compensación** de los impactos sobre el medio ambiente». Y entre el contenido obligatorio de los estudios de impacto ambiental está el «Establecimiento de medidas preventivas, correctoras y **compensatorias** para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales significativos»¹⁷. Es decir, la evaluación ambiental de proyectos debe imponer medidas compensatorias cuando se estimen necesarias, y para ello los órganos ambientales competentes para aprobar la Declaración de Impacto Ambiental deben exigir las medidas compensatorias, ejerciendo su discrecionalidad técnica, si el promotor no las ha incorporado. Por supuesto que los tribunales de justicia pueden controlar si esa discrecionalidad ha sido ejercitada conforme a Derecho o de forma arbitraria, y es aquí donde las entidades del **TSA** pueden ejercer su **función de vigilancia**.

Aunque, como se ha comprobado, la legislación básica española de evaluación ambiental exige medidas compensatorias cuando sean necesarias, a la vista de la práctica administrativa, sería deseable arbitrar los **cambios** normativos o las prácticas administrativas que permitiesen la **efectiva aplicación de esta normativa**. Obviamente, también queda a la **voluntad del promotor** la incorporación en su proyecto de medidas compensatorias ambientales, sin necesidad de esperar a que las imponga o no la Administración. Serán los Estudios de Impacto Ambiental elaborados por el promotor los que puedan acoger estas medidas compensatorias voluntarias¹⁸; siendo éste un campo en el que las funciones de sensibilización ambiental que las entidades del TSA realizan podrían focalizarse, pues son estas entidades las que de forma habitual realizan con mayor intensidad el escrutinio de los procedimientos de autorización de proyectos que afectan al entorno. Llegar a convencer a los promotores **públicos**, pero en especial, los **privados** para que incorporen medidas compensatorias **más allá de lo que impongan las normas**, sería un claro avance en el cumplimiento del deber de conservación de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas (art. 45.1 CE), que pasa por subir el nivel de calidad de las Evaluaciones de Impacto Ambiental¹⁹. Será la declaración de impacto ambiental (DIA) de cada proyecto el acto-documento que recoja las medidas compensatorias a ejecutar. Recuérdese que la DIA debe ser publicada junto con la resolución autorizatoria del proyecto, por lo que el público interesado tiene capacidad para conocer las medidas impuestas y si efectivamente se están cumpliendo. La DIA forma parte de la autorización, por lo que su incumplimiento puede ser impuesto por las autoridades administrativas y, en su defecto, por los Tribunales de Justicia.

1.2.2. La compensación de daños ambientales causadas por operadores regidos por la Directiva sobre Responsabilidad Ambiental

Si hay un proceso normativo en el que se ha analizado a fondo el daño ambiental y propuesto fórmulas para compensarlo adecuadamente es el que ha llevado a cabo la Unión Europea con la **Directiva 2004/35/CE** 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. En apretado resumen debe señalarse que esta norma se centra en los **operadores que realizan actividades que suponen riesgo para el medio ambiente**, actividades que aparecen claramente definidas. A los mismos, como se ha apuntado, se les imponen una serie de **obligaciones preventivas y reparadoras** que esencialmente buscan incentivar al máximo la adopción de las medidas que aseguren que no se van a producir esos daños. Dado que el presente informe tiene un objetivo específico, atendiendo al mismo sí procede apuntar el papel que puede desempeñar el TSA en la tarea de hacer cumplir la DRA, pues ha ido evolucionando en el proceso de elaboración de la norma. Así, en el **Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental**²⁰, se llegó a afirmar que el derecho a intervenir las ONGs ambientales en los procesos por responsabilidad ambiental era una «ventaja económica dudosa», lo que se expresaba en estos términos:

«Derecho de las ONG a comparecer en juicio. [Podría tratarse un mayor número de asuntos relativos a daños causados al medio ambiente si las ONG tuvieran este derecho, bajo el control del poder judicial, especialmente en los casos de daños ecológicos causados a zonas sobre las que no existe un derecho de propiedad y en la que los particulares no pueden alegar por lo general interés alguno para iniciar una acción. Sin embargo, aunque se establezcan mecanismos para evitar las acciones legales, es muy probable que se incrementen los costes de transacción.]»

No parecía razonable este planteamiento restrictivo y que prejulgaba claramente la capacidad negociadora de los entes del Tercer Sector Ambiental. Finalmente, la Directiva acoge la denominada **solicitud de acción** a la autoridad competente legitimando a las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional, para solicitar dicha acción ante las Administraciones, pues se da por supuesto que tienen interés suficiente en la reparación de daño y que también tienen derechos que pueden ser vulnerados por

la causación de daños ambientales que no sean reparados adecuadamente²¹. Otra previsión muy relevante de esta Directiva, traspuesta a nuestro ordenamiento por la **Ley 23/2007, de Responsabilidad Medioambiental**²², es el reconocimiento del derecho de las Entidades del Tercer Sector Ambiental de acudir a los Tribunales de justicia cuando la Administración competente no cumpla con las obligaciones que marca la norma comunitaria. La Directiva prevé expresamente la legitimación de estas entidades para acudir a los Tribunales **cuando la administración no ejerza adecuadamente sus competencias** en esta materia²³. Leyendo la ley española, se comprueba que es más cicatera con los derechos de las entidades del Tercer Sector Ambiental, pues no reproduce los términos de la norma europea, lo que obliga a acudir a la doctrina del efecto directo de la directivas. Sí prevé la Ley 23/2007 la creación de un **Fondo estatal de reparación de daños medioambientales**, destinado a sufragar los costes derivados de medidas de prevención, de evitación o de reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal. Aunque se permite la incorporación de las Comunidades Autónomas, no se conocen los datos de funcionamiento de este Fondo, gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente y dotado con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado²⁴.

1.2.3. Los fondos de compensación ambiental y la fiscalidad ambiental sobre actividades autorizadas

También se emplea el concepto de compensación para aludir a las aportaciones meramente económicas a través de **fondos de compensación públicos** financiados por cánones o tributos sobre actividades que producen daños al medio ambiente, como es el canon eólico en alguna comunidad autónoma. Así, este último instrumento ha sido empleado en España por algunas Comunidades Autónomas para crear fondos económicos destinados a subvencionar a algunos beneficiarios. Uno de los casos más conocidos es el Fondo de Compensación Ambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia, creado por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en **Galicia**, norma que creó el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental. Este canon es calificado por la ley de creación como una **prestación patrimonial de derecho público de naturaleza extrafiscal y real**, a la que se ha asignado por la Ley como objetivo contribuir a regular en la comunidad autónoma gallega el medio ambiente en su consideración de bien protegido. Esta norma fue recurrida por la patronal eléctrica UNESA y el Tribunal Supremo en enero de 2016 ha avalado la constitucionalidad de la misma²⁵, y ha justificado su creación en que se grave la **contaminación paisajística** —“la generación de afecciones e impactos visuales y ambientales adversos sobre el medio natural y sobre el territorio”—. Estaríamos ante un instrumento de compensación ambiental **no directo** y que es **acumulativo** a las medidas compensatorias que pueden imponerse a los promotores de cada parque eólico en el momento de su autorización.

También las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y de Castilla y León han aprobado cánones eólicos, sin embargo, mientras en Castilla-La Mancha sí se ha creado un fondo en el que se depositan esos ingresos (Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha), en **Castilla y León no se ha creado fondo alguno**, algo que es claramente **cuestionable**, pues los ingresos obtenidos no estarían claramente vinculados a la financiación de la conservación de la biodiversidad.

Aunque estas figuras se han recibido el nombre de canon, la doctrina ha entendido que debería haberse denominado impuesto, algo que probablemente no se ha hecho por el mayor rechazo que tiene esta expresión. Por tanto, a pesar del nombre estamos realmente ante una modalidad de **impuesto ecológico, de naturaleza extrafiscal, reconocida por las leyes de creación**²⁶.

Por otro lado, la ausencia de fondos de compensación en los que depositar los ingresos de los tributos ambientales **impediría calificar los tributos ambientales** que no vayan destinados directamente a fines ambientales **como verdaderas figuras de compensación ambiental**, aunque sí puedan supongan incentivos para modificar conductas negativas para el medio ambiente. No es el lugar de repasar las figuras de fiscalidad ambiental, que si bien persiguen finalidades ambientales no son directamente compensadoras, aunque en algún caso puedan servir para financiar actuaciones de este tipo. **La OCDE ha recomendado para España simplificar, consolidar y reformar las ecotasas vigentes para reflejar mejor las externalidades ambientales**²⁸.

Sí merece finalizar este apartado recordando que la Ley 42/2007 creó **el Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad**, que al nutrirse directamente de los Presupuestos Generales del Estado, sí puede financiar actuaciones teóricamente compensadoras. No obstante, no parece que la actividad de este fondo haya sido especialmente intensa y a ello no contribuye precisamente la conflictividad competencial que existe en España en materia ambiental²⁹. Este fondo es un instrumento que **necesita un firme y urgente desarrollo** reglamentario y sobre todo que exista una **decidida voluntad política** para nutrirlo de recursos.

1.3. Las compensaciones o pagos por servicios ambientales

La figura de los Pagos por Servicios Ambientales (PSA³⁰) es una forma de compensar **a quienes mantienen ecosistemas que producen una serie de beneficios**. Los Servicios Ambientales son los beneficios que las personas obtienen de los ecosistemas³¹ y los principios que fundamentan los PSA serían los expuestos en el siguiente cuadro, basado en Wunder (2005); Ruiz et al. (2007)³²:

Principios	Descripción
Transacción voluntaria	Son negociaciones y acuerdos voluntarios de contrato entre las partes, no influida por una reglamentación y/o acuerdo nacional e internacional.
Servicio Ecosistémico definido	El Servicio Ambiental debe ser medible y debe cumplir con el principio de adicionalidad (que ejerza un efecto lo bastante grande y acumulativo para constituir una diferencia desde el inicio). Para ello, se debe establecer la situación ambiental de partida sobre la que se adiciona el servicio.
Comprado por (al menos) un usuario	Efecto positivo en la función física y/o en la salud física
Vendido por (al menos) un proveedor	Potencial de reducción de la incidencia de enfermedades infecciosas
Condicionalidad	Efecto positivo a nivel individual, comunidad, o escala nacional

Figura - Pagos por Servicios Ambientales. Fuente: Wunder (2005); Ruiz et al. (2007).

Si bien el modelo expuesto sería el más completo o puro, la mayoría de los PSA presentan variaciones y no todos cumplen con todos los principios. Así, hay **modelos de gestión públicos**, en los que las Administraciones actúan en defensa y/o representación de los compradores de Servicios Ambientales; mediante el cobro de impuestos o solicitud de donaciones para pagar a los suministradores del servicio. En otros casos, el modelo de gestión es **privado**, en los que tienen más intervención las **ONGs**, normalmente como mediadoras entre los compradores del Servicio Ambiental que firman un contrato con los dueños de la tierra³³, que facilitan la prestación del Servicio Ambiental.

En América y en otros países de Europa hay ejemplos de pagos por servicios ambientales a los que se les reconoce éxito³⁴. Sin embargo, el pago por los servicios ambientales es uno de los **instrumentos financieros para la conservación de la biodiversidad que más debería desarrollarse en España**, pues estamos muy retrasados en este punto, como ha reconocido hasta la OCDE en su Tercer Análisis de los Resultados Medioambientales de España (2015), pues tras confirmar que no se localizan en España experiencias de programas de Pagos por Servicios de los Ecosistemas entre entidades privadas como sí existen en otros países de la OCDE, (PSE), recomienda que se ensaye esta herramienta que ha demostrado su eficacia para la conservación y gestión de recursos: «España debería explorar cómo podrían estos programas a satisfacer objetivos económicos y medioambientales».

Sí debe señalarse que en teoría la **PAC** si establece esquemas que pueden ser calificados como sistemas de pago por servicios ambientales. Sin embargo, no todos creen que se alcanzan los resultados deseados, hay que reconocer que muchos de los **pagos directos** —ahora básicos— sí pueden considerarse pagos por servicios ambientales, sin embargo, muchos gobiernos, incluido el español, luchó para rebajar la vinculación del pago base al componente verde, flexibilizando casi todas las medidas del componente verde. Los efectos de esta última reforma se empezarán a ver en breve³⁵.

1.4. Los Bancos de conservación de la naturaleza (remisión)

Esta figura incorporada por la Ley de Evaluación Ambiental, podría jugar un importante papel en la compensación de los daños ambientales, sin embargo, su **falta de desarrollo reglamentario** le ha impedido coger vuelo. Alguna Comunidad Autónoma como Aragón también la ha incluido en su legislación. Como va a ser objeto de otro informe específico de este observatorio, nos remitimos al mismo.

2. Un instrumento de compensación ambiental por consolidar: la tasa local por ocupación del dominio público forestal, como instrumento de compensación ambiental

En clave ya estrictamente española, nos encontramos con una modalidad tributaria que está teniendo graves problemas de implantación y que pudiera servir para allegar muchos recursos a unos propietarios de tierra muy especiales, como son los **Entes locales titulares de montes públicos**. Es la **tasa por ocupación del dominio público local**, una figura que debería tener una regulación más depurada y que en numerosos municipios rurales de España podría tener un efecto compensador ambiental al poder gravarse la ocupación de bienes de dominio público forestal —los Montes de utilidad pública, los montes comunales y otros montes públicos—, que son atravesados por infraestructuras de transporte de energía eléctrica (líneas de alta tensión) o de gas, instalaciones de telefonía³⁶, entre otras. La aprobación de ordenanzas reguladoras de esta tasa de ocupación, que tiene la cobertura de la Ley de Haciendas Locales, está siendo altamente conflictiva, pues estando de acuerdo todos los tribunales en que los Ayuntamientos y las Entidades Locales Menores tienen competencia y capacidad para imponer dichas tasas, **hay serias discrepancias en los parámetros de fijación de la cuantía de la cuota**. Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas se han manifestado de forma discrepante, anulando muchas de las ordenanzas aprobadas, lo que ha impedido a los titulares de terrenos de dominio público, muchos de ellos de altísimo valor ambiental, al ser Montes de Utilidad Pública o bienes comunales, situados en Espacios naturales protegidos, **obtener rendimientos de los titulares de esas infraestructuras, que en la gran mayoría de los casos provocan relevantes impactos en el entorno natural**. Baste señalar como ejemplo, los corredores que crean los tendidos de alta tensión en las masas forestales, con el severo impacto visual (riesgo de incendios) y fragmentación de hábitat.

3. El papel del Tercer Sector Ambiental en las compensaciones ambientales y en los pagos por servicios ambientales

Se ha tenido oportunidad de comprobar que existen distintos tipos de compensaciones ambientales y en cada una de estas figuras, el papel de las entidades del Tercer Sector Ambiental tiene una configuración distinta pero muy relevante, que debe ser destacada. En un breve repaso, por tipologías, se pueden señalar los siguientes rasgos principales.

- 1. Las entidades del TSA realizan un papel destacadísimo en las reparaciones e indemnizaciones por daños ambientales por actos ilícitos**, pues las asociaciones y fundaciones ambientales son las entidades que presentan mayor número de denuncias tanto penales como administrativas que dan lugar no solo a sanciones, sino también a procedimientos resueltos con la imposición de la obligación de restauración del daño causado y de indemnizar en el caso de imposibilidad de la restitución in natura. Sería muy conveniente tener acceso a los datos globales y sectoriales de **reparaciones e indemnizaciones ambientales que se han conseguido gracias al trabajo de las entidades** del TSA, pues debe advertirse que en muchos casos, no solo se presentan denuncias administrativas y penales y querellas, sino que también se personan en los procedimientos que se incoan y en algunos incluso se recurre en vía contencioso-administrativa el archivo de las actuaciones o las resoluciones sancionadoras cuando se entienden insuficientes. Uno de los temas que está pendiente de clarificación por la Jurisprudencia, pues también hay variaciones entre distintos órganos jurisdiccionales, es la legitimación de las asociaciones y fundaciones para intervenir en los procedimientos sancionadores, pues en algunos casos, habría que decir, con excesiva frecuencia se les niega el carácter de interesado por entender que no se obtiene beneficio directo con el resultado del procedimiento tanto administrativo como, posterior, judicial. Dentro del ámbito de la acción pública ambiental, **habría que reforzar la capacidad de las entidades del TSA para intervenir en todas las fases del procedimiento sancionador, facilitando, además, el acceso a la justicia gratuita**. Como se ha expuesto, la determinación de la reparación o de la cuantía de la indemnización se debe hacer en el procedimiento sancionador o en otro complementario o incluso en uno independiente, por ello, debe otorgarse seguridad jurídica a la posición que pueden ocupar las fundaciones y las asociaciones en estos procedimientos administrativos.
- 2. Las fundaciones y asociaciones ambientales también participan intensamente en los procedimientos autorizatorios de proyectos en los que se diseñan y se aprueban las medidas compensatorias**. Se ha comprobado que las medidas compensatorias deben proponerse y exigirse siempre que se estimen necesarias a la vista de las características del proyecto y de la naturaleza de sus impactos. Por ello, es esencial la actuación del TSA en la **sensibilización de los promotores y también de los técnicos y responsables públicos** encargados de supervisar los estudios de impacto ambiental y hacer las propuestas de declaración de impacto ambiental para lograr una mejor calidad de la evaluación ambiental de proyectos; aunque esta reflexión también sería aplicable, con ciertas modificaciones, a la evaluación estratégica de políticas, planes y programas.
- 3. La Directiva de Responsabilidad Medioambiental es un instrumento central del Derecho ambiental y una herramienta que expresamente habilita a las organizaciones no gubernamentales a intervenir en fase administrativa**, solicitando a las autoridades que exijan medidas preventivas y reparadoras del daño, como también se les ha reconocido la legitimación para actuar ante los Tribunales de Justicia en este ámbito específico. La conceptualización que hace esta normativa de qué es el daño ambiental y los métodos para cuantificarlo y repararlo son extensibles a otros ámbitos, lo que convierte a la responsabilidad ambiental en un escenario imprescindible en el que desarrollar actividad de vigilancia y actuación judicial.



4. El papel del tercer sector ambiental en la gestión de la fiscalidad ambiental es más bien reducido, ciñéndose más a la función de grupo de presión a los legisladores para reforzarla, ampliando y mejorando los tributos ambientales —o ecotasas, empleando el anglicismo—. No debe olvidarse que en España la competencia tributaria es compartida entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales; por ello las Entidades del Tercer Sector Ambiental pueden y deben ejercer su **tarea de sensibilización en los tres niveles de gobierno**, pues en los tres se pueden establecer y mejorar la tributación ambiental. En esta línea, apoyar a que los municipios puedan elaborar buenas ordenanzas fiscales, que incentiven la conservación de la diversidad es una tarea que las entidades del TSA deberían acometer con mayor intensidad. Lograr que finalmente las empresas eléctricas o gasísticas tributen adecuadamente por la ocupación que hace de los montes públicos es un reto que debería abordarse con urgencia, por el enorme valor de retorno para las entidades locales rurales que tienen este tipo de tasas.

5. Las entidades del Tercer Sector Ambiental también tiene un papel más destacado como beneficiarias de recursos públicos, que pueden provenir de los fondos públicos de compensación y de otros, para desarrollar y favorecer políticas e instrumentos de compensación ambiental. Actualmente, se sufre una etapa de incertidumbre en las vías de financiación de las entidades del tercer sector, no solo ambiental, por lo que una clarificación del régimen competencial, con las reformas que sean necesarias, debería plantearse como algo urgente.

6. Los pagos por servicios ambientales es un ámbito en el que en otros países las **organizaciones no gubernamentales están realizando una labor insustituible,** especialmente en la intermediación entre pagadores y beneficiarios de los pagos y compensaciones. En otros casos, en la propia entidad del TSA la que realiza el pago directo por la biodiversidad, como cuando se paga una concesión.

Se puede concluir que las entidades de Tercer Sector Ambiental, asociaciones y fundaciones, ya están desarrollando un papel esencial en lograr compensaciones por daños al medio ambiente, pero hay herramientas de financiación que deben ser desarrolladas en las que estas entidades deben jugar un **papel facilitador primordial.**

1. Así, el Derecho internacional ha incorporado este principio en el epígrafe 22 de la Declaración de Estocolmo y en el 13 de la Declaración de Río. Sin embargo ahora no se concibe sin el a Así, el Derecho internacional ha incorporado este principio en el epígrafe 22 de la Declaración de Estocolmo y en el 13 de la Declaración de Río. Sin embargo ahora no se concibe sin el aporte sobre todo del principio de prevención. Así, se puede comprobar en el Derecho comunitario, especialmente a partir de la construcción de los distintos instrumentos de responsabilidad ambiental, en concreto, el largo proceso que condujo a la aprobación de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Obsérvese que la prevención ya precede a la reparación.
2. ANDALUZ WESTREICHER, Antonio (2009), La compensación por servicios ambientales: un enfoque desde el Derecho civil, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche.
3. Sobre la situación de la fiscalidad ambiental en España, ver el interesante estudio de IGNASI PUIG VENTOSA; M. CALAFFORN, M. JOFRA SORA, S. SASTRE SANZ, (2015) «Estado actual de la fiscalidad ambiental en España y perspectivas de futuro», en libro ADAME MARTÍNEZ, FRANCISCO (Dir.) Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro, Aranzadi.
4. La justificación de esta obligación de no dañar se remonta al origen del Derecho, aplicada ahora al concepto de daño ambiental, que presenta unos rasgos novedosos (se pueden revisar en CONDE ANTEQUERA, Jesús, El deber jurídico de restauración ambiental, Comares, 2004). Sobre el concepto de daño ambiental, resulta esencial revisar su definición por la Directiva 2004/35/CE. Por otro lado, no se debe olvidar que la existencia de un infractor se convierte en requisito para poder exigir la restauración y la indemnización, lo que exige la aplicación de los principios del derecho sancionador o penal en aspectos como la culpabilidad, la prescripción, entre otros, para comprobar si existe o no infractor o existiendo se siga pudiendo actuar contra él.
5. Este artículo establece que «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».
6. En el artículo 118.1 de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001) se puede leer: « 1. Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior. El órgano sancionador fijará ejecutoriamente las indemnizaciones que procedan».
7. Ley de Montes estatal es una de las normas que más desarrolla esta obligación, precisando los distintos conceptos. Así, su artículo 77 establece:

«1. 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 por el órgano sancionador. Esta obligación es imprescriptible en el caso de daños al dominio público forestal.

2. La reparación tendrá como objetivo la restauración del monte o ecosistema forestal a la situación previa a los hechos constitutivos de la infracción sancionada. A los efectos de esta ley se entiende por restauración la vuelta del monte a su estado anterior al daño, y por reparación las medidas que se adoptan para lograr su restauración. El causante del daño vendrá obligado a indemnizar la parte de los daños que no puedan ser reparados, así como los perjuicios causados.

3. Podrá requerirse asimismo indemnización en los casos en que el beneficio económico del infractor sea superior a la máxima sanción prevista. Esta indemnización será como máximo el doble de la cuantía de dicho beneficio y en el caso de montes declarados de utilidad pública se ingresará en el fondo de mejoras regulado en el artículo 38.

4. Los daños ocasionados al monte y el plazo para su reparación o restauración se determinarán según criterio técnico debidamente motivado en la resolución sancionadora».
8. El artículo 95 de la Ley de Costas sí se refiere expresamente a la prescripción: «1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente.

Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley».
9. La Ley 22/2011, de residuos y de suelos contaminados, en su artículo 54.2 establece cómo se debe realizar la reparación: «2. 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.
10. La imposición de la obligación de restauración se debe hacer por un procedimiento administrativo, pero cabe que dicha obligación se imponga en el mismo procedimiento sancionador, en un procedimiento complementario y dependiente del sancionador o en un procedimiento específico totalmente desligado del sancionador CONDE ANTEQUERA (2004), El deber jurídico de restauración ambiental, pág. 229 y ss.11.
11. La Directiva 2004/35/CE 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 impone la responsabilidad objetiva a las actividades profesionales que puedan causar daños, o una amenaza inminente de daños, incluso en ausencia de culpa o negligencia, es decir, los operadores son responsables de adoptar las medidas preventivas y reparadoras y de soportar los costes.
12. El concepto de medida “correctora” no aparece en la Directiva de EIA, pero sí alude a las medidas para reducir los efectos negativos del proyecto sobre el medio ambiente. También incorpora las medidas para compensar dichos daños.
13. Actualmente es el artículo 6 de la Directiva Hábitats el que regula las medidas compensatorias. Se ha desarrollado una ya consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la UE que define qué deben ser las medidas compensatorias. Y la propia Comisión Europea ha elaborado manuales sobre qué son medidas compensatorias y qué no.

14. Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental.
15. Muchos ordenamientos del continente americano tienen más avanzado el instituto de la compensación ambiental como algo íntimamente integrado en la evaluación de impacto ambiental de proyectos.
16. Se comprueba en MARÍA JOSÉ CARRASCO GARCÍA, ÁLVARO ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, MANUEL R. GARCÍA SÁNCHEZ-COLOMER y SARAH RUIZ ARRIAGA, Evolución de las medidas compensatorias en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, Ingeniería Civil, 2013.
17. Anexo VI. 1.f) de la Ley 21/2013.
18. Estas medidas compensatorias están vinculadas a un proyecto concreto, no son "proyectos" compensatorios que cada vez más empresas promueven en el marco de sus estrategias de responsabilidad social corporativa.
19. Desde hace tiempo se advierte la deficiente calidad de muchos estudios de impacto ambiental.
20. COM (2000) 66 final, de 9 de febrero de 2000.
21. Artículo 12 de la Directiva de Responsabilidad Ambiental.
22. Ley que ha sido reformada en varias ocasiones, la última en 2014, en el marco del proceso de simplificación administrativa, pero que ha supuesto eximir al 97% de los operadores de la carga de constituir la garantía financiera prevista en la norma. El tiempo dirá si la medida ha ido en detrimento de los objetivos de la Directiva.
23. Artículo 13 de la Directiva de Responsabilidad Ambiental.
24. Consultado el Portal de Transparencia del Gobierno, no hay información al respecto, ni de dotación actual ni de pagos efectuados.
25. Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2015. Recurso 1533/2014.
26. Se entiende que un tributo es extrafiscal cuando su finalidad es distinta a la de recaudar ingresos; en este caso, estaríamos ante una finalidad de protección ambiental. La legislación fiscal (Ley General Tributaria) admite la extrafiscalidad, pero la misma plantea dificultades a aplicación de los principios tributarios, como el principio amparado en la Constitución de capacidad económica. Hay autores que creen que debería suprimirse la denominación de canon, por tender a confundir sobre la verdadera naturaleza del tributo.
27. Para este tema se puede consultar Adame Martínez, Francisco (2015), Fiscalidad ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro, Aranzadi.
28. Tercer Informe de los Resultados Medioambientales de España, 2015.
29. Reciente manifestación de que la conflictividad alcanza de lleno a figuras como el Fondo para el Patrimonio Natural y Biodiversidad (en este caso, en proceso de conciliación) es el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, que sobre este fondo estatal ambas partes han llegado al acuerdo siguiente: «En relación con la nueva redacción del artículo 78.3 de la Ley 42/2007, ambas partes interpretan que la ejecución de las acciones que se financien con cargo al Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad deberá respetar el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y requerirá el consentimiento de ambas Administraciones». Es decir, que aunque el fondo sea estatal a la hora de emplear sus recursos, dado que la gestión del medio ambiente es una competencia autonómica, se deberá contar con su consentimiento.
30. Si bien PSA es la abreviatura más empleada, también se emplean las expresiones pago por servicios ecosistémicos o de los ecosistemas —PSE—, terminología que emplea la OCDE. Igualmente, algunos autores prefieren emplear compensación en vez de pago, para englobar los pagos en especie, en vez de los estrictamente monetarios. En muchos casos, dicha compensación en mixta, en dinero y en bienes.
31. Definición dada por la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (2005). EEM, 2005. Ecosistemas y bienestar humano: Marco para la evaluación. Informe del Grupo de Trabajo sobre Marco Conceptual de la Evaluación de Ecosistemas del Milenio. Islans Press, Washington, D.C. 235p. Esta evaluación ha sido realizada por más de 1.400 especialistas y es la más aceptada evaluación de los ecosistemas del planeta.
32. Extraído de un artículo muy esclarecedor y divulgativo: Sven Wunder, Sheila Wertz-Kaunnikoff, y Rocio Moreno-Sánchez, Pago por servicios ambientales: una nueva forma de conservar la biodiversidad, Gaceta Ecológica, Méjico, 2007.
33. Los estudiosos han comprobado que para ser beneficiario de los PSA no hace falta ser propietario en sentido estricto, con título de propiedad, sino tener una posesión con derecho a exclusión WUNDER, et al., (2007).
34. Driss Ezzine-de-Blas, Sven Wunder, Manuel Ruiz-Pérez, Rocio del Pilar Moreno-Sanchez, Global Patterns in the Implementation of Payments for Environmental Services, PLOS ONE, Marzo, 2016. Un caso muy estudiado en Europa es el de la empresa Vittel: entre otros, Perrot-Maitre, D. (2006) The Vittel payments for ecosystem services: a "perfect" PES case? International Institute for Environment and Development, Londres, UK. La multinacional Nestlé, para proteger las aguas que embotella del riesgo de nitratos, paga a los ganaderos por cambiar su forma de explotación.
35. Uno de los graves problemas que está planteando la aplicación de la nueva PAC es la determinación de las hectáreas admisibles para las ayudas, pues miles de hectáreas están siendo excluidas en procedimientos nada transparentes, viéndose afectado territorio forestal del gran valor ambiental y ganadero.
36. Las empresas de telefonía móvil tienen un régimen privilegiado.



COMPENSACIONES AMBIENTALES Y TERCER SECTOR



Cuaderno de Campo N°4.

www.afundacionesnaturaleza.org - info@afundacionesnaturaleza.org - 902 34 02 02
[@AFNaturaleza](https://www.facebook.com/Asociacion.Fundaciones.Conservacion.Naturaleza) - [facebook.com/Asociacion.Fundaciones.Conservacion.Naturaleza](https://www.facebook.com/Asociacion.Fundaciones.Conservacion.Naturaleza)

Con el apoyo de:



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN
Y MEDIO AMBIENTE



Fundación Biodiversidad

Promueve:



ASOCIACIÓN
DE FUNDACIONES
PARA LA CONSERVACIÓN
DE LA NATURALEZA

OBSERVATORIO
DEL TERCER SECTOR
AMBIENTAL