

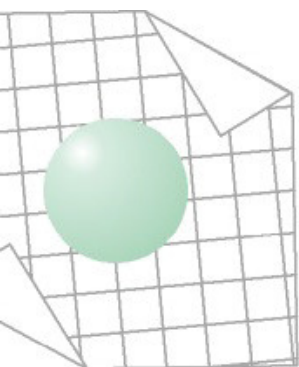
Anàlisi de la responsabilitat de les entitats de custòdia en els acords

Document ocasional de la xct, 23



Novembre 2013

Redacció: Jordi Recordà Cos, Ambientòleg
Joan Pons Solè, Ambientòleg
Jordi Solè Jiménez, Advocat



DOCUMENTS OCASIONALS DE LA XARXA DE CUSTODIA DEL TERRITORI, 23

Autors:

Jordi Recordà Cos, Ambientòleg (INSTA)

Joan Pons Solè, Ambientòleg (INSTA)

Jordi Solè Jiménez, Advocat (INSTA)

Col·laboració:

Hernan Collado, Advocat (Xarxa de Custòdia del Territori)

Introducció

Tota actuació és susceptible de crear un dany. Aquesta afirmació, per sorprenent que sembli, és també aplicable a l'activitat de les entitats de custòdia i per això aquest treball vol fer un repàs a la responsabilitat per danys, de cara a donar major seguretat jurídica als acords de custòdia.

Les actuacions habituals de les entitats de custòdia en una finca que poden generar responsabilitats estan relacionades amb la seva gestió i poden anar des de la redacció d'un estudi concret fins a la intervenció directa portant a terme actuacions de gestió, passant per la planificació de la gestió de la finca amb criteris conservacionistes, activitats de sensibilització, entre d'altres.

La responsabilitat per danys és un tema que genera preocupació per la incertesa davant la possibilitat que un fet involuntari desemboqui en una demanda que pot comportar una elevada suma de diners per a l'entitat de custòdia. Cal tenir en compte, per exemple, els riscos de danys a tercers associats a l'augment del nombre de visitants en una finca amb acord de custòdia.

L'enfocament d'aquest document no és el de "buscar responsabilitats" sinó el de presentar possibles escenaris, donar informació per tal que l'actuació sigui el més transparent possible, i facilitar la bona entesa entre els signants d'un acord de custòdia. També pot ser una eina de prevenció que ajudi en la presa de decisions a l'hora de determinar la millor actuació de custòdia. Fins i tot pot ser un punt de treball en comú entre entitat i propietari per lluitar conjuntament contra agents externs que causin algun dany a la finca amb acord de custòdia.

Aquest document és el primer treball que aborda de forma específica la responsabilitat de les entitats de custòdia. Es tracta d'una anàlisi introductòria amb l'objectiu de conèixer la principal normativa que afecta la responsabilitat de les entitats de custòdia, i plantejar mesures preventives per reduir el risc de les actuacions de les entitats de custòdia.

Per assolir els objectius esmentats els hem organitzat de la següent manera: en primer lloc presentarem una breu anàlisi de la responsabilitat ambiental que pot generar l'actuació de les entitats de custòdia en el medi ambient. En segon lloc, veurem altres vies de responsabilitat que es poden obrir en el cas de la custòdia.

Finalment, proposarem actuacions per prevenir i reparar els danys potencials causats per les Entitats de custòdia o els seus professionals.

Esperem que aquest treball es pugui complementar en un futur proper amb una diagnosi que aporti dades de la situació actual sobre aquesta matèria. Per exemple, per conèixer el nombre de les entitats de custòdia que disposen ja d'algun tipus d'assegurança, per quins motius altres entitats de custòdia encara no ho han fet els avantatges i inconvenients, etc. Confiem que l'anàlisi realitzat serà d'ajut per plantejar nous indicadors i mesures concretes per millorar la qualitat del treball de les entitats de custòdia, i d'aquesta manera la consolidació de la custòdia del territori com una eina eficaç en la conservació i el bon ús dels valors i els recursos naturals, culturals i paisatgístics.

1. Anàlisi de la relació entre la custòdia del territori i la Llei 26/2007 de responsabilitat ambiental

La reparació del dany ambiental és un mandat¹ de la Constitució Espanyola, tal i com recull l'art. 45. Es constata que el desenvolupament d'aquest mandat en la normativa ambiental sectorial no ha aconseguit plenament l'objectiu de la prevenció i reparació dels danys ambientals, amb la qual cosa es és posa de manifest la necessitat de dotar-se d'una normativa específica.

La Directiva 2004/35/CE del Parlament Europeu i del Consell del 21 d'abril de 2004 sobre responsabilitat ambiental, ofereix aquesta nova via per reparar el dany ambiental i es transposa a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant la Llei 26/2007, de 23 d'octubre, de responsabilitat ambiental².

1.1. Naturalesa de la responsabilitat ambiental

La Llei de responsabilitat ambiental (d'ara endavant, LRA) incorpora a l'ordenament jurídic espanyol un règim administratiu de responsabilitat ambiental de caràcter objectiu³ i il·limitat⁴, basat en els principis de cautela, de prevenció i de "qui contamina paga", i de correcció dels impactes negatius sobre el medi ambient, preferiblement en la mateixa font, ja que no tots els danys poden ser reparats.

En el cas que es produeixin danys ambientals, s'ha de garantir la seva reparació per retornar a l'estat bàsic del medi.

¹ Art. 45. ap 2. "Els poders públics vetllaran per la utilització racional de tots els recursos naturals, a fi de protegir i millorar la qualitat de la vida i defensar i restaurar el medi ambient amb el suport de la indispensable solidaritat col·lectiva".

² BOE Núm. 255, de 24/10/2007. Aquesta normativa ha estat desenvolupada posteriorment pel RD 2090/2008, de 22 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament parcial de la Llei 26/2007, de 23 d'octubre, de Responsabilitat Mediambiental.

³ Les obligacions que es desprenen de l'actuació s'imposen a l'operador al marge de tota culpa, dol o negligència.

⁴ L'operador responsable assumeix l'obligació de prevenció o de reparació dels danys ocasionats sobre els recursos naturals amb l'objectiu de retornar-los al seu estat original. Per tant, no es contempla només la indemnització econòmica, sinó la restauració del seu valor ambiental (serveis, funcions ecològiques...).

1.2. Àmbit d'aplicació de la normativa de responsabilitat ambiental

La LRA s'aplica sobre els operadors⁵ i, per tant, tindrà efectes sobre les entitats de custòdia si aquestes compleixen amb aquesta figura definida en la mateixa normativa: s'aplica als professionals i responsables de les activitats econòmiques i professionals, ja siguin públiques o privades.

Un tema a part és la capacitat de les entitats de custòdia per denunciar els operadors que hagin causat un dany o el perill de crear-lo, sempre i quan les entitats de custòdia compleixin els requisits⁶ de l'art. 23 de la Llei que regula els drets d'accés a la informació, de participació pública i d'accés a la justícia en matèria de medi ambient⁷. Fins ara les entitats de custòdia no han tingut aquest rol, però la normativa els reconeix un dret que els pot ajudar en l'objectiu de la conservació de les finques custodiades.

Un segon element important a delimitar és que la LRA s'aplica per a danys ambientals i no per a danys particulars, subjectes a d'altres vies de responsabilitat (civil, penal, patrimonial), sempre i quan no afectin a recursos naturals.

A part, cal tenir en compte que la LRA preveu excepcions⁸ ja que no es contemplen totes les causes ni tots els danys. En efecte, en la definició de "dany ambiental"⁹, només es contemplen els danys a les aigües, al sòl, a la ribera del mar i de les rieres, i

⁵ Art. 2 ap. 1 de la Llei 27/2006: "Qualsevol persona física o jurídica, pública o privada, que dugui a terme una activitat econòmica o professional o que, en virtut de qualsevol títol, controlï aquesta activitat o tingui un poder econòmic determinant sobre el seu funcionament tècnic. Per a la seva determinació s'ha de tenir en compte el que la legislació sectorial, estatal o autonòmica disposi per a cada activitat sobre els titulars de permisos o autoritzacions, inscripcions registrals o comunicacions a l'Administració. Sens perjudici del que preveu l'article 14.1.b), no queden inclosos en aquest concepte els òrgans de contractació de les administracions públiques quan exerceixin les prerrogatives que els reconeix la legislació sobre contractació pública en relació amb els contractes administratius o d'una altra naturalesa que hagin subscrit amb qualsevol classe de contractista, que es qui tingui la condició d'operador als efectes del que estableix aquesta Llei".

⁶ Art. 23 ap 1 de la Llei 27/2006: "Estan legitimades per exercir l'acció popular regulada a l'article 22 qualsevol persona jurídica sense ànim de lucre que acrediti el compliment dels requisits següents:

- a) Que tingui entre els fins acreditats en els seus estatuts la protecció del medi ambient en general o la d'algun dels seus elements en particular.
- b) Que s'hagi constituït legalment almenys dos anys abans de l'exercici de l'acció i que estigui exercint de manera activa les activitats necessàries per assolir els fins previstos en els seus estatuts.
- c) Que segons els seus estatuts exerceixi la seva activitat en un àmbit territorial que resulti afectat per l'actuació, o si s'escau, omissió administrativa".

2. Les persones jurídiques sense ànim de lucre a què es refereix l'apartat anterior tenen dret a l'assistència jurídica gratuïta en els termes que preveu la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta.

⁷ Llei 27/2006, de 18 de juliol. BOE Núm. 171, de 19/07/2006.

⁸ També cal tenir en compte altres excepcions en relació als danys derivats d'un conflicte armat, d'un fenomen natural excepcional, en relació amb la defensa nacional, i l'àmbit temporal de la responsabilitat, entre d'altres (art. 3 ap. 3, 4, 5, i art. 4).

⁹ Art.2 ap.1 de la Llei 26/2007.

els danys a les espècies de la flora i fauna silvestres presents permanentment o temporalment a Espanya, així com als hàbitats de totes les espècies silvestres autòctones. En queden exclosos, doncs, els danys a l'aire i els danys tradicionals (que afecten a persones i als seus béns, llevat que siguin recursos naturals).

Aquest tema pot demanar una anàlisi molt fina en el cas de la custòdia ja que dins l'àmbit dels danys ambientals previstos en la LRA no s' inclouen elements paisatgístics o de patrimoni cultural o d'altres, que en canvi sí que formen part d'una finca en custòdia. En el cas que el dany es produís en aquests últims elements, entendríem que seria necessari avaluar les altres vies de responsabilitat tradicional (vegeu **apartat 2**).

Per altra banda, no tots els danys generen responsabilitat, sinó només aquells que siguin significatius¹⁰ en relació als criteris establerts per la pròpia normativa. El caràcter significatiu del dany serà, doncs, un element essencial per discriminar si la normativa de responsabilitat ambiental s'aplica o no a les entitats de custòdia.

En l'apartat 1 de l'Annex I de la LRA apareixen els criteris per determinar el caràcter significatiu dels danys que provoquin canvis en l'estat favorable de conservació de les espècies i hàbitats. L'avaluació del dany tindrà en compte l'estat de conservació previ al dany, el potencial recreatiu dels hàbitats afectats, i la capacitat de regeneració d'aquests.

La normativa detalla els indicadors mesurables a tenir en compte per avaluar si són significatius o no:

- El nombre d'individus, la seva densitat o l'extensió de la seva zona de presència.
- La raresa de l'espècie o de l'hàbitat danyat (avaluada en el pla local, regional i superior, incloses en el pla comunitari), així com el seu grau d'amenaça.
- El rol dels individus concrets o de la zona danyada en relació amb l'espècie o la conservació del seu hàbitat.

¹⁰ El concepte de dany significatiu apareix en l'art. 2 de la Llei 26/2007 i fa referència a l'adversitat del dany sobre els vectors ambientals contemplats per la normativa de responsabilitat ambiental. Tanmateix, a l'hora de desenvolupar aquest concepte en l'Annex 1 de la Llei 26/2007, només té en compte els criteris de conformitat per determinar els efectes perversos significatius en danys provocats a espècies silvestres o a un hàbitat. En el cas dels danys causats al sòl, també inclou els riscos significatius que es produeixen efectes adversos sobre la salut humana.

- La capacitat de propagació i la viabilitat de l'espècie o la capacitat de regeneració natural de l'hàbitat danyat.
- La capacitat de l'espècie o de l'hàbitat de recuperar l'estat bàsic¹¹ després de ser danyat, amb el sol ajut de l'increment de les mesures de protecció.

Per últim, els danys que causin efectes demostrats sobre la salut seran considerats com a significatius.

En l'apartat 2 de l'Annex I, hi figuren els casos en què es considera que els danys no tenen caràcter significatiu:

- Les variacions negatives inferiors a les fluctuacions naturals considerades normals per a l'espècie o l'hàbitat de què es tracti.
- Les variacions negatives que obeeixen a causes naturals o es deriven d'intervencions relacionades amb la gestió corrent dels espais naturals protegits o els llocs de la Xarxa Natura 2000, segons el que defineixin els seus respectius plans de gestió o instruments tècnics equivalents.
- Els danys a espècies o hàbitats amb una demostrada capacitat de recuperar, en un termini breu i sense intervenció, l'estat bàsic o bé un estat que, tan sols en virtut de la dinàmica de l'espècie o de l'hàbitat, doni lloc a un estat equivalent o superior al bàsic.

En el cas de les entitats de custòdia, val la pena comentar el segon punt, que fa referència a la gestió d'espais naturals protegits. És interessant que la normativa reculli que la gestió corrent d'aquests espais no es considera que pugui causar un dany significatiu. Aquest apartat dóna major tranquil·litat a les entitats de custòdia per realitzar actuacions de custòdia.

No coneixem quina és la interpretació pel conjunt d'espais naturals, protegits o no, ni si es pot generalitzar al conjunt d'espais on intervenen les entitats de custòdia. En tot cas, es recomana a les entitats de custòdia que tinguin presents els criteris per considerar els danys com a significatius en els plans de gestió, com una mesura de prevenció que limiti riscos potencials de les seves actuacions.

¹¹Estat bàsic: Aquell en què, si no s'hagués produït el dany mediambiental, s'haurien trobat els recursos naturals i els serveis de recursos naturals en el moment en què van patir el dany, considerat a partir de la millor informació disponible (Art.2, ap. 19 de la LRA).

1.3. Tipus de responsabilitat

Per altra banda, la LRA estableix una naturalesa de responsabilitat diferent segons el tipus d'activitat econòmica o professional i la classe de mesura que hagi d'adoptar l'operador:

- a. La normativa s'aplica als danys o amenaces imminents dels danys ocasionats per les activitats enumerades en l'Annex III de la Llei, encara que no existeixi dol, culpa o negligència (responsabilitat objectiva).

Es considera que les activitats de l'Annex III no estan en relació directa amb l'actuació de les entitats de custòdia.

- b. Per les activitats no incloses en l'Annex III, s'aplicarà la següent casuística:
 - Quant hi hagi dol, culpa o negligència, seran exigibles les mesures de prevenció, d'evitació i de reparació (responsabilitat objectiva).
 - Quan no hi hagi dol, culpa o negligència, seran exigibles les mesures de prevenció i d'evitació (responsabilitat subjectiva).

En aquest darrer cas es pot tenir en compte qualsevol activitat realitzada en l'entorn, i per tant susceptible d'afectar a les entitats de custòdia. Així doncs, segons la LRA si una entitat de custòdia causa un dany haurà d'aplicar mesures de prevenció i d'evitació¹², i a més, en el cas que hagi actuat amb dol, culpa o negligència, també s'exigiran mesures de reparació¹³ (vegeu apartat 3 d'aquest document).

1.4. Les mesures compensatòries

La normativa que regula la responsabilitat per danys ambientals pot esdevenir una oportunitat per les entitats de custòdia, en el cas que aquestes puguin participar en les mesures compensatòries previstes en la normativa per "compensar" les pèrdues provisionals de recursos naturals i serveis ambientals. L'actuació compensatòria consisteix en la creació addicional de nous recursos naturals o serveis de recursos naturals que no existien abans de produir-se el dany ambiental i que siguin equivalents als danyats, però en cap cas són mesures reparadores. L'actuació

¹² Art. 17 i 18 de la LRA.

¹³ Art. 19, 20 i 21 de la LRA; i art. 6 a 32 del reglament de la LRA.

compensatòria se sol dur a terme el més a prop possible de la zona on s'ha produït el dany, sempre que sigui possible.

Seria recomanable que les entitats de custòdia interessades s'organitzessin en un grup de treball específic per desenvolupar aquesta possibilitat i per tal d'aconseguir nous espais custodiats on compensar els danys causat, o bé promoure els espais que ja gestionen com a zones compensatòries i aconseguir finançament per garantir-ne la correcta gestió.

El reglament de la LRA preveu en l'Annex II la metodologia pel càlcul de les mesures de reparació complementària i compensatòria, que han de ser la base de l'actuació de les entitats de custòdia en el cas que hi puguin participar.

Pel que fa a les mesures econòmiques per finançar les mesures compensatòries, la normativa preveu la creació d'un "Fons de compensació de danys ambientals" (art.33 de la LRA i art. 44 del Decret 2090/2008), que s'hauria d'analitzar per concretar si les entitats de custòdia se'n poden beneficiar.

Per més informació sobre la LRA us recomanem la següent bibliografia: ESTEVE PARDO, J. (2008); GUERRERO ZAPLANA, J. (2010); LOZANO CUTANDA, B. (Coord.) et al (2008).

2. Altres vies de responsabilitat que poden afectar l'actuació de les entitats de custòdia

La responsabilitat de les entitats de custòdia va més enllà de l'àmbit d'actuació de la normativa de responsabilitat ambiental. Tal i com hem explicat en els apartats anteriors, els danys sobre els elements d'una finca no són exclusivament danys ambientals, ja que hi ha béns patrimonials o culturals que no estan inclosos en la Llei 26/2007 i per altra banda, ja hem vist que els efectes de la LRA sobre les entitats de custòdia són limitats.

S'han de tenir en compte, doncs, les altres vies de responsabilitat com ara la responsabilitat civil, la responsabilitat patrimonial de l'administració, o la responsabilitat penal¹⁴.

2.1. Responsabilitat Civil

Hi ha dues classes de responsabilitat civil segons l'origen: la responsabilitat civil contractual i la responsabilitat civil extracontractual.

2.1.1. La responsabilitat civil contractual

Els contractes tenen força de llei entre les parts i garanteixen una relació jurídica que s'estableix entre elles. La responsabilitat civil contractual és la derivada de l'incompliment total o parcial de les obligacions d'un contracte per una de les parts, que genera un perjudici en l'altra.

En els contractes regulats pel dret civil, les conseqüències de l'incompliment solen estar previstes a la pròpia norma que els regula. En el cas dels contractes de custòdia, en no estar regulats pel dret civil, recomanem que prevegin entre el seu clausulat l'incompliment d'alguna de les parts signants. La Xarxa de Custòdia del Territori proposa, en els seus models, la següent fórmula:

"Finalització anticipada per incompliment

¹⁴ Vegeu VERCHER NOGUERA, A., DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, G., CASTAÑÓN DEL VALLE, M. (2003).

En cas de finalització anticipada per incompliment, la part causant de l'incompliment haurà de respondre pels perjudicis causats. En cas d'incompliment de l'ECT, aquesta haurà d'abonar a la propietat les aportacions econòmiques i totes aquelles despeses que hagués realitzat per al bon compliment de l'acord, més l'interès legal. S'exclou expressament el lucre cessant derivat de la no realització d'activitats contràries als objectius de l'acord. En cas d'incompliment de la propietat, aquesta haurà d'abonar a l'ECT les despeses de seguiment de l'acord i les d'aquelles actuacions acordades en virtut d'aquest acord i dels acords que se n'hagin derivat, així com les inversions no amortitzades, d'acord amb el balanç de despeses i inversions de l'acord, més l'interès legal."

Aquesta previsió aporta el coneixement de les parts sobre què succeirà en cas d'incompliment i facilitarà als tribunals, si s'escau, dictar sentència en cas de desacord. Aporta, per tant, una major seguretat jurídica a les parts.

2.1.2. La responsabilitat civil extracontractual

La responsabilitat civil extracontractual és aquella que es genera quan una persona causa un dany a una altra persona, amb la qual no té cap vincle contractual previ, a causa d'un fet intencionat o fortuït (per exemple un acte vandàlic o un accident de cotxe).

En els casos que les entitats de custòdia duen a terme directament activitats a la finca amb acord de custòdia, la pròpia activitat pot generar un risc potencial de causar algun dany a tercers, per exemple als usuaris que visiten l'espai (per exemple per mal funcionament d'instal·lacions com aguait, caixes, niu, etc. o en concret els danys associats a la presència d'espècies cinegètiques dins de refugis de fauna salvatge declarats per l'entitat).

Creiem que és important matisar que el codi civil no protegeix específicament els béns ambientals, sinó els béns particulars (béns apropiables i valorables econòmicament). Només en el cas que aquests darrers continguin espais naturals, recursos naturals..., la via civil també servirà per protegir el medi ambient. L'aplicació d'aquesta via permet una actuació per indemnitzar el valor econòmic, però en canvi no permet actuar amb prevenció, sinó només una vegada el dany existeix.

a. Normativa aplicable

- Art. 1902 i concordants del Codi civil espanyol

b. Requisits per exigir la responsabilitat civil

Els principals requisits per iniciar la responsabilitat civil són els següents¹⁵:

- Acció o omissió il·lícita: acció contrària al que estableix el Codi Civil.
- Dany (material, personal, patrimonial): s'ha de produir sobre un bé apropiable (subjecte responsable) i valorable econòmicament (no s'indemnitza pel valor ecològic que tingui un riu o un terreny o una zona forestal sinó pel perjudici econòmic que el dany a aquell bé causi al propietari o a l'explotador (titular d'algun dret d'aprofitament) del bé.
- El nexa causal. S'ha de provar que hi ha una causa determinada que és la causant única del dany. Hi ha un tendència per tal que es produeixi la inversió de la càrrega de la prova, de manera que és el subjecte causant del dany, qui ha de demostrar que no ha causat el dany. A part, cal tenir en compte els factors d'interrupció del nexa causal: intervenció de tercers, culpa exclusiva de la víctima, "força major" i cas fortuït.
- Termini establert per reclamar: 1 any des que l'agregat demostra que és coneixedor del dany.

2.1.3. Responsabilitat patrimonial de l'administració

Les administracions poden exercir diferents rols en l'àmbit de la custòdia: poden actuar com a propietaris de finques, com a entitats de custòdia amb capacitat per establir acords o bé com a promotores de custòdia a través de la seva activitat de foment¹⁶.

¹⁵ Per més informació sobre la responsabilitat civil ambiental us recomanem SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Director) (2006).

¹⁶ *Vid in totum* BASORA, X., GORDI, J.; SABATÉ, X.; VICENTE, E.; *op. cit.*; p. 1-65. Vegeu també BARREIRA, A. (coord.) [et al.] *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*. Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad, 2010, pp.154-156.

Aquesta actuació pot comportar un dany ambiental¹⁷, però com hem explicat anteriorment, la LRA no avarca totes les accions de custòdia. Per aquest motiu, ens hem centrat en explicar quin és l'àmbit general de responsabilitat de les administracions públiques. L'actuació de les administracions públiques està subjecte a un règim específic de responsabilitat al qual creiem important fer referència a continuació.

a. Normativa aplicable

- Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. Títol X "De la responsabilitat de les administracions públiques i de les seves autoritats i altre personal al seu servei" (arts. 139 a 146).
- Llei 4/1999, de 13 de gener, de modificació de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú¹⁸.
- Reial Decret 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial¹⁹.

b. Requisits per exigir la responsabilitat patrimonial de l'administració

- El dany ha de ser efectiu, avaluable econòmicament i individualitzable en relació amb una persona o un grup de persones.
- El dany ha de ser entès com a un perjudici antijurídic, és a dir, que el particular no té el deure de suportar per no existir causa alguna que ho justifiqui.
- Ha de ser conseqüència del funcionament normal o anormal dels serveis públics, en una relació directa i exclusiva i immediata de causa-efecte, qualsevol que sigui el seu origen (reglament, acte administratiu legal o il·legal, simple actuació material o mera omissió). També inclou els danys per actes fortuïts o inevitables.

¹⁷ Podeu aprofundir el cas concret de la responsabilitat per danys ambientals en SORO MATEO, B. (2005).

¹⁸ BOE núm. 12, de 14/1/1999.

¹⁹ BOE núm. 106, de 4/05/1993 (correcció d'errades al BOE núm. 136, 8/06/1993).

- Ha de ser imputable a l'administració. Si intervé un tercer, o el mateix lesionat, es produeix una compensació de culpes i, per tant, una reducció en l'import de la indemnització”.
- Ha d'existir un nexa causal entre el dany i l'activitat administrativa que es pressuposa generadora d'aquell.
- No s'ha d'haver produït el dany per força major, és a dir, per un succés, previsible o imprevisible, però en qualsevol cas inevitable i que són del tot aliens a la prestació del servei o a l'organització administrativa.
- Que no hagi prescrit el dret a reclamar pel transcurs del temps que fixa la normativa: un any des que es va produir l'acte o fet que motivi la indemnització o de manifestar-se el seu efecte lesiu.

2.2. Responsabilitat penal

La responsabilitat penal és el darrer esglaó de responsabilitat i reservat als danys més greus. Es considera un extrem difícil d'imaginar en el cas de les entitats de custòdia, però s'ha inclòs en el treball per completar l'anàlisi de les vies tradicionals de la responsabilitat.

a. Normativa aplicable

A partir de la modificació introduïda per la LO 5/2010 de 22 de juny²⁰, que va entrar en vigor el 23 de desembre de 2010, el codi Penal regula el medi ambient de forma expressa en el Títol XVI: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”.

b. Requisits per exigir la responsabilitat penal

El Delicte ecològic²¹ està recollit en l'art. 325 del CP. Els elements que configuren el tipus penal són:

²⁰ Aquestes modificacions es van introduir per transposar la Directiva 2008/99/CE, de 19 de novembre, relativa a la protecció del medi ambient mitjançant el Dret Penal.

²¹ «Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos,

- Element objectiu: per exigències típiques descriptives s'ha de provocar o realitzar, directa o indirecta, algunes de les activitats que figuren en el precepte: emissions, abocaments, extraccions o excavacions, compilament de terres, residus, vibracions, injeccions o dipòsits. Aquestes s'han de realitzar en algun dels següents elements del medi físic: atmosfera, sol, subsòl, aigües terrestres, marítimes o subterrànies, inclòs l'alta mar.
- Element normatiu: la infracció d'una norma extrapenal exigit de manera explícita en forma de contravenció d'alguna de les lleis o disposicions normatives regulades del tipus d'activitat (normativa Comunitària, Estatal, Autonòmica y Legal).
- Element valoratiu: s'ha de crear una situació de perill greu pel bé jurídic protegit. És a dir, no es precisa la necessitat d'una lesió efectiva en el bé jurídic protegit. Es tracta, doncs, d'un delictes de perill hipotètic o potencial.
- Element subjectiu: s'ha d'acreditar l'actuació dolosa, ja sigui directa o eventual, o per imprudència quan el resultat sigui greu. S'ha d'acreditar o la intenció dolosa, o la representació del risc i continuació en l'actuació.

Tenir coneixement del risc i del dany que pot ocasionar, converteix l'acte en una acció dolosa.

vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

3. Propostes

Les propostes d'aquest treball estan focalitzades a donar major informació i per tant major transparència als acords de custòdia, per tal que els signants siguin plenament conscients de les responsabilitats que assumeixen.

Creiem necessari que els acords de custòdia incloguin el principi de prevenció i de reparació dels danys ja que tota actuació sobre el medi és susceptible de crear un risc potencial d'un dany. En aquest sentit, proposem:

- D'una banda, avaluar el risc potencial de causar danys de les actuacions previstes en els acords de custòdia, partint de l'anàlisi del caràcter significatiu dels danys que es puguin ocasionar (Annex I de la Llei 26/2007).
- D'altra banda, planificar mesures de reparació en el cas que es produeixin danys.

3.1. Principi de prevenció: avaluació del risc associats a les actuacions de custòdia.

En el moment d'establir l'acord de custòdia és important introduir una valoració del danys potencials que poden provocar les actuacions de custòdia. En concret proposem²²:

- a. Determinar les actuacions que poden generar danys significatius. El grau de significació del dany es determina en funció dels següents paràmetres²³:
 - L'estat de conservació del recurs afectat
 - L'estat ecològic, químic i quantitatiu del recurs afectat.
 - La integritat física del recurs afectat.
 - El nivell de qualitat del recurs afectat.

²² L'art 34 del reglament de la LRA regula com s'ha d'elaborar l'anàlisi del risc ambiental. En el cas de la custòdia, ja hem justificat que l'aplicació de la normativa és limitada i que és necessari anar cas per cas. És per aquest motiu, que hem simplificat el procediment, per tal de recomanar les fases més importants i així introduir el principi de prevenció dels danys ambientals.

²³ Els paràmetres que fixa la normativa són els de l'Annex I de la Llei de responsabilitat ambiental, i els articles 15 a 18 del reglament de la LRA. En l'apartat 2.2 d'aquest document ja hem especificat el contingut de l'Annex I de la LRA, i aquí hem introduït els paràmetres fixats pel reglament de la LRA.

- Els riscos per a la salut humana o pel medi ambient associats al recurs afectat.
- b. Una vegada determinats els potencials danys significatius, prendre en compte mesures de prevenció dels danys.

Per a cadascun dels danys significatius seria recomanable preveure mesures de prevenció, i en el cas que el dany es produís o que no es pogués evitar, aleshores quines mesures de restauració serien necessàries.

És recomanable avaluar el potencial d'aquestes mesures per reduir el dany ambiental que es pot derivar de l'activitat.

3.2. Principi de reparació d'un dany ambiental

3.2.1. Mesures de reparació del dany ambiental.

L'Annex II de la LRA estableix un marc comú per escollir les mesures més adequades amb la finalitat de garantir la reparació del dany ambiental²⁴. Seguint el principi de la utilització de la millor tecnologia disponible, els criteris per elegir les mesures reparadores són:

- L'efecte de cada mesura en la salut de les persones i la seguretat pública.
- La probabilitat d'èxit de cada mesura.
- El grau en què cada mesures servirà per prevenir futurs danys i evitar danys col·laterals com a conseqüència de la seva aplicació.
- El grau en què cada mesura beneficiarà a cada component del recurs natural o servei ambiental.
- El grau en què cada mesura tindrà en compte els corresponents interessos socials, econòmics i culturals i altres factors pertinents i específics a la localitat.
- El període de temps necessari perquè sigui efectiva la reparació del dany ambiental.

²⁴ El reglament de la LRA desenvolupa l'actuació reparadora. Recomanem l'anàlisi dels arts. 6 a 32.

- El grau en què cadascuna de les mesures aconseguix reparar el lloc que ha patit el dany mediambiental.
- La vinculació geogràfica amb el lloc danyat.
- El cost que suposa aplicar la mesura.

Les mesures reparadores han de garantir que el dany deixa de tenir el caràcter significatiu. Aquestes mesures han de ser sotmeses a una avaluació econòmica per comparar els beneficis ambientals en relació amb el cost de les mesures.

3.2.2. Creació d'un fons de garantia.

La Llei 26/2007 ja preveu aquesta possibilitat tot i que es considera que no és ajustable en el cas de la custòdia, ja que es preveu pels operadors de les activitats de l'Annex III (i que no són les que realitzen les entitats de custòdia).

De totes maneres, i inspirant-se amb l'actuació dels ajuntaments a l'hora d'aprovar llicències urbanístiques, es podria preveure un fons de garantia de reposició i que seria recomanable en el cas que el risc potencial de l'actuació ho fes aconsellable, i si aquesta mesura pogués ser útil a l'hora de donar seguretat al propietari que els seus béns estarien protegits.

3.2.3. Contractació de pòlisses d'assegurances per cobrir la responsabilitat civil.

Cada vegada són més les companyies d'assegurances que ofereixen els seus serveis a les ONG i als seus professionals per contractar pòlisses d'assegurances per cobrir la responsabilitat civil a tercers, causada per la pròpia activitat professional.

La contractació d'aquestes pòlisses ha anat molt lligada als professionals del món de l'urbanisme i de l'obra, però menys entre els professionals de l'àmbit de gestió del medi, ja que es considera una activitat amb menys risc.

Cal prendre consciència del risc potencial per a tercers de l'activitat de tots els professionals, i per tant, es considera una mesura necessària que tant les entitats de custòdia com els seus professionals, disposin d'una pòlissa d'assegurança.

Aquesta mesura també s'ha de fer extensiva al col·lectiu de voluntaris de les entitats de custòdia. La massa social és molt important per donar suport i legitimitat a les

entitats de custòdia, i la gestió del voluntariat és un dels factors clau per consolidar aquesta aportació. Recomanem que una de les mesures de gestió sigui tenir en compte la cobertura de la responsabilitat per als voluntaris: per cobrir tant els danys que poden causar, com els danys que poden rebre de l'activitat realitzada. Aquesta mesura dóna major tranquil·litat a l'entitat de custòdia i als voluntaris, i ajuda a guanyar confiança i, per tant, a fidelitzar-los.

4. Conclusions

En aquest document s'han plantejat les quatre vies principals de responsabilitat per danys que poden tenir repercussió en l'actuació de les entitats de custòdia, i que hem agrupat en dos grans grups: la responsabilitat ambiental derivada de la Llei 26/2007, de responsabilitat ambiental, i els sistemes de responsabilitat derivats del dret civil, dret administratiu i penal.

En primer lloc, la responsabilitat per danys ambientals, regulada per la Llei 26/2007, de 23 d'octubre, de responsabilitat ambiental, i pel reglament que la desenvolupa (RD 2090/2008). L'aplicació d'aquesta normativa sobre la custòdia té almenys dos elements essencials: si es considera a les entitats de custòdia com a "operadors", i si els danys ambientals es consideren significatius o no. En ambdós casos, no es considera que la normativa sigui de ple efecte sobre les entitats de custòdia, tot i que és necessari una anàlisi cas per cas. A part, aquesta normativa presenta altres limitacions importants: no contempla totes les actuacions de les entitats de custòdia ja que el dany ambiental el ceneix a alguns vectors, i no inclou per exemple els danys paisatgístics, patrimonials o culturals que poden donar valor a una finca custodiada. Per altra banda, la normativa recull que la gestió corrent dels espais naturals (sense donar més precisió) no es considera que pugui causar un dany significatiu, amb el que s'interpreta que s'alleuja una part de la responsabilitat de les entitats de custòdia.

Un dels aspectes que es planteja per a desenvolupar com a oportunitat per les entitats de custòdia és l'actuació compensatòria que regula la normativa de responsabilitat ambiental. En el cas que es produís un dany, una entitat de custòdia podria participar en la planificació i aplicació de mesures per "compensar" les pèrdues provisionals de recursos naturals i serveis ambientals. Tenint en compte que aquestes mesures compensatòries ja són presents en altre normativa com la d'avaluació d'impacte ambiental, seria interessant la creació d'un grup de treball específic per estudiar el potencial d'aquestes mesures per aconseguir nous espais en custòdia on compensar els danys causats, per aconseguir finançament o altres mesures que siguin d'interès per les entitats de custòdia.

En segon lloc, s'ha planejat una breu anàlisi de les vies de responsabilitat civil i la penal, i el cas específic de la responsabilitat de les administracions públiques. De totes elles, la que té major efecte sobre les entitats de custòdia és la responsabilitat civil,

tant quan es deriva de les obligacions de l'entitat de custòdia en l'acord com en el cas de danys causats per les activitats de custòdia a tercers.

Finalment, s'han plantejat diferents propostes per incloure el principi de prevenció i de reparació de danys en els acords de custòdia. Creiem que seria un pas endavant plantejar la reflexió de quins danys poden ser significatius, quines mesures preventives es podrien proposar, i en el cas que el dany es produís, com escollir les mesures reparadores més efectives. Com a exemples de mesures reparadores destaquem la creació d'un fons de garantia. Aquesta mesura no seria necessària per a tots els acords, sinó que es valoraria en funció del tipus d'acord, de la magnitud de les actuacions, i de la voluntat del propietari per exigir aquesta garantia. Per altra banda, es recomana que tant les entitats de custòdia com els professionals de la custòdia disposin d'una pòlissa d'assegurança per cobrir el dany a tercers.

5. Bibliografia

- BARREIRA, A. (coord.) et al. (2010). *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*. Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad.
- BASORA, X., GORDI, J., SABATÉ, X., VICENTE, E. (2005). *Oportunitats per la custòdia del territori als municipis. Guia pràctica per a ajuntaments i entitats locals*. FTP-OSCC, XCT.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A (1989). *Sistema de derecho civil*. vol. II, ed. Tecnos.
- ESTEVE PARDO, J. (2008). *La Ley de responsabilidad medioambiental: comentario sistemático*. Marcial Pons.
- GUERRERO ZAPLANA, J. (2010). *La responsabilidad medioambiental en España*. La Ley.
- LOZANO CUTANDA, B. (Coord.) et al (2008). *Comentarios a la Ley de responsabilidad medioambiental*. Thomson Civitas.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Director) (2006). *Responsabilidad civil medioambiental*. Estudios de derecho judicial núm. 80. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, DL.
- SORO MATEO, B. (2005). *La Responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*. Ministerio de Medio Ambiente. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones.
- VERCHER NOGUERA, A., DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, G., CASTAÑÓN DEL VALLE, M. (2003). *La responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa*. Ecoiuris, cop.