

Responsabilidad y aseguramiento
por daños ambientales.
El caso Prestige

ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ



**RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS
AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE**

COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO-AMBIENTAL

Director

Andrés Betancor Rodríguez

RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pompeu Fabra



COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO-AMBIENTAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2018

Primera edición: febrero de 2018

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© Andrés Betancor Rodríguez
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO: 786-18-007-9
ISBN: 978-84-340-2460-1
Depósito legal: M-5423-2018

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A Patricia, Gabriel,
Andrés y Beatriz, siempre*

ÍNDICE

PREFACIO	15
INTRODUCCIÓN	19
El caso Prestige. Los hechos probados	20
Los interrogantes jurídicos relativos a la responsabilidad por los daños y la consiguiente obligación de reparación	24
PRIMERA PARTE	
PRINCIPIOS, DAÑOS Y RESPONSABILIDADES	
I. «QUIEN CONTAMINA PAGA», EL DESIDERÁTUM CONSTITUCIONAL AL QUE DEBE SERVIR LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS AMBIENTALES	29
A. Principios, naturaleza y funcionalidad. Principios ambientales constitucionalizados	32
B. «Quien contamina, paga»	37
C. Conclusiones.....	44
II. «DAÑOS A PAGAR». EL DAÑO AMBIENTAL: DIFÍCIL CARACTERIZACIÓN, COMPLETA REPARACIÓN	47
A. Introducción	48
B. Daños: aproximación a la estructura institucional.....	52
C. Afectación: «humanización» del daño ambiental	56
1. Personalidad jurídica y responsabilidad objetiva	57
2. Ilegalidad del perjuicio sufrido por el dañado	60

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

	Páginas
D. Daños ambientales «personales» y «puros». Alternativa dogmática: criterio de la apropiación y uso	63
1. Crítica: ni los daños «personales» son ambientales, ni la «pureza» es un criterio de afectación	65
2. Reconstrucción dogmática: los daños en atención a la «usabilidad» de los bienes ambientales	69
E. Valoración, el correlato económico: valores de uso y de no uso.....	74
F. Conclusiones.....	79
III. RESPONSABILIDADES EN EL CASO PRESTIGE. LA APRECIACIÓN DE LA PENAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSIGUIENTE RESPONSABILIDAD CIVIL	83
 SEGUNDA PARTE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO PRESTIGE	
IV. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS	99
A. Introducción	100
B. Limitación subjetiva: el propietario del buque. La extensión a otros sujetos en ciertas circunstancias.....	104
C. Limitación objetiva en relación con los daños cubiertos	106
D. Limitación de la indemnización	115
E. Conclusiones	116
V. LA SUPERACIÓN, EN EL CASO PRESTIGE, DE LAS LIMITACIONES DEL CONVENIO. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	119
A. Superación de la limitación subjetiva. La responsabilidad del capitán. La responsabilidad subsidiaria del propietario	120
1. Responsabilidad civil del capitán excluida del Convenio	120
2. Responsabilidad subsidiaria del propietario del buque	124
B. Superación de la limitación objetiva: criterios del Tribunal para la concreción, en fase de ejecución de sentencia, del alcance de la res-	

	Páginas
ponsabilidad civil para comprender el «daño ambiental en sus distintos aspectos»	126
1. Daños que forman parte del ámbito objetivo de la responsabilidad civil	126
2. Acreditación de los daños a los efectos del resarcimiento	130
3. Los daños ambientales cubiertos son los delimitados por las normas civiles del Código penal	132
4. El importe de las indemnizaciones fijado en ejecución de sentencia	133
C. El problema dogmático de la justificación de la extensión de la responsabilidad civil a todos los daños ambientales provocados por el Prestige: la aplicación preferente de las normas civiles del Código penal	134
1. La superioridad normativa del Convenio no puede enervar las superiores garantías que dispensa el resto del ordenamiento jurídico por exigencia de los principios constitucionales	135
2. La remisión que hace el Código penal a la legislación civil no puede producir el efecto de disminuir las garantías cubiertas por el Código	139
3. El resarcimiento completo es el fruto de la aplicación de las normas civiles del Código penal	141
D. Conclusiones: los daños y los cauces para su reparación. El reto de los daños ambientales.....	149
 TERCERA PARTE	
ASEGURAMIENTO Y ACCIÓN DIRECTA	
VI. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CASO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS P & I. EL «CAMINO» INGLÉS Y EL ESPAÑOL	157
A. El contrato de seguro de responsabilidad civil. El caso de los seguros marítimos y, en particular, el denominado contrato P & I. El contrato del buque Prestige	158
1. Contrato P & I. El contrato de aseguramiento del Prestige	159
2. Los desajustes del contrato a la legislación española en materia del seguro de responsabilidad civil	163

	Páginas
B. El «camino inglés»: el laudo y la Sentencia de la Commercial Court de 22 de octubre de 2013	167
C. El «camino español»: la Sentencia del Tribunal Supremo	172
D. Los términos del conflicto de jurisdicciones y su resolución. La difusa ejecución de la Sentencia penal española	175
 VII. LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO CONTRA ELASEGURADOR, APROXIMACIÓN DOGMÁTICA EN EL ESCENARIO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS P&I	 181
A. Reconocimiento jurídico de la acción directa. El caso de los seguros marítimos y, en particular, los P&I	187
1. Reconocimiento general: Ley de contratos de seguros	187
2. Reconocimiento de la acción directa en el contexto penal. Responsabilidad civil ex delito	188
3. Los seguros marítimos y la posible enervación contractual de la Ley, antes y después del caso Prestige	195
B. El titular del derecho: el perjudicado	202
1. El perjudicado. Responsabilidad civil del dañador	202
2. Perjudicado y contrato de seguro de responsabilidad civil	204
C. El presupuesto sustantivo de la acción directa: el derecho de crédito del perjudicado surgido de la responsabilidad civil, no del contrato .	210
D. Contenido y extensión del derecho de acción directa.....	213
1. Pretensión	214
2. Excepciones	214
3. Finalidad: reparación íntegra. Delimitación y limitación contractual	220
E. Conclusiones: la naturaleza jurídica de la acción directa en el Derecho español y su desvestimiento sustantivista de la doctrina de los tribunales ingleses	226
1. Naturaleza jurídica del derecho a la acción directa	226
2. Derecho a la acción directa, «desvestido» correctamente, es un derecho legal	230
 CONCLUSIONES	 237
BIBLIOGRAFÍA CITADA	243

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1. Clasificación de los daños y perjuicios producidos por el Prestige.....	47
Ilustración 2. Estructura institucional convencional del daño	52
Ilustración 3. Clasificación ordinaria de los daños ambientales	64
Ilustración 4. Clasificación de los bienes y de sus usos	71
Ilustración 5. Valor económico total	76
Ilustración 6. Definición de daños según Convenio 1992.....	107
Ilustración 7. Estructura institucional acción directa.....	186
Ilustración 8. Diferencias entre los derechos del perjudicado y los del asegurado	219

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Comparación entre la definición de la Ley 26/2007 y el Convenio 1992 en relación con los daños cubiertos	51
---	----

PREFACIO

Este es un libro surgido de la frustración y de la esperanza. La frustración no sólo del caso, del desastre ecológico producido por el hundimiento del buque Prestige en las costas de Galicia. No sólo de la incapacidad del Estado de implementar con diligencia las medidas adecuadas para evitarlo. Si no, fundamentalmente, de los Tribunales para adoptar una solución jurídicamente adecuada y justa que resuelva las controversias jurídicas surgidas por el mismo hundimiento. Me refiero, en particular, a los Tribunales ingleses que se han pronunciado sobre el seguro del buque y la responsabilidad de la compañía de seguro. Había pensado, ingenuamente, que estos Tribunales entenderían las razones de Derecho español y fallarían en contra de la sujeción del caso al Derecho inglés, en contra de la jurisdicción de los Tribunales ingleses, en contra del arbitraje conforme al Derecho inglés y en contra, máxima expresión de la ingenuidad, de una compañía inglesa de seguros tan poderosa como la que había asegurado el buque. A pesar de los años transcurridos y de mi experiencia, el nacionalismo, en particular, económico, también es un vicio que afecta a las instituciones jurídicas, en este caso, judiciales, de la más antigua de las democracias modernas. Como jurista, confieso mi frustración. Era previsible que el resultado fuese adverso a los intereses de los españoles. Las sentencias sólo podían tener el contenido coherente con los intereses del Derecho inglés, de los Tribunales ingleses, de los árbitros ingleses y de las compañías de seguro inglesas. Era previsible para todo el mundo menos para mí¹.

Este libro recoge mis razones. Mis razones de Derecho español que, en el caso específico de la controversia afectante al seguro del buque, debía haber

¹ Intervine, como experto nacional, nombrado por el Gobierno de España, ante la *Commercial Court* de Londres en relación con la caracterización jurídica de la acción directa en el Derecho español. A tal fin, comparecí ante el Tribunal los días 3, 4 y 7 de octubre de 2013.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

supuesto reconocer que los Tribunales penales españoles son los únicos que tienen jurisdicción plena para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de un delito producido en aguas de soberanía española, que ha producido daños en territorio español y a ciudadanos españoles. Y que este pronunciamiento, dentro del ámbito de su soberanía, no podía ser excluido, evitado o anulado, por obra de un contrato de seguro entre dos empresas extranjeras. No es razonable que la jurisdicción de los Tribunales penales españoles se vea restringida como consecuencia de un contrato de seguro entre dos empresas extranjeras. No es razonable que ese seguro tenga la consecuencia de eliminar una vertiente esencial de la jurisdicción de los Tribunales, en este caso, la relativa a la responsabilidad civil, cuando son daños producidos en España y afectantes, fundamentalmente, a ciudadanos españoles. No es razonable que los Tribunales ingleses haya admitido que es posible anular preventivamente una Sentencia de los Tribunales españoles para impedirles que se pronuncien sobre las consecuencias de la responsabilidad civil por un delito cometido en España y por daños sufridos en España y por españoles. No es razonable.

Algunos considerarán, en particular, en el ámbito académico del Derecho marítimo, que es un libro de un «intruso». Y ciertamente, lo es. El caso Prestige es de tanta importancia que la monopolización de la explicación e interpretación dogmática por unos u otros es doblemente empobrecedora. Por un lado, porque no se tiene en cuenta otras perspectivas y, porque, la omisión de esas otras, impide que se tengan en cuenta visiones que pueden aportar soluciones a problemas de tanta relevancia como los suscitados por el Prestige. No es un libro que pretenda ofrecer una visión totalizadora, exclusiva y excluyente de los problemas jurídicos del Prestige. Ofrece mi visión y mi contribución para que el Derecho, no sólo el marítimo, tenga los rudimentos adecuados con los que afrontar situaciones como la vivida. El Derecho público, en particular, el Derecho administrativo, tiene mucho que decir. Es indudable el papel de la Administración. Pretender que éste se ha de ajustar al Derecho privado, en particular, al Derecho marítimo, es una reducción simplificadora y empobrecedora. Este es un libro de un administrativista, tributario de un marco dogmático distinto, del Derecho privado y del Derecho marítimo, preocupado por la protección ambiental y el cómo garantizar que los responsables de los daños ambientales, de todos, soporten sus consecuencias. Que los responsables, incluso, los así apreciados penalmente, puedan quedar exonerados de su responsabilidad, crea un incentivo para que se vuelvan a repetir situaciones como las del Prestige. O el Derecho crea el más potente incentivo contra estas situaciones, o se volverán a reproducir. Los responsables deben soportar todas las consecuencias. Todas. El Derecho no puede, no debe, ofrecer ninguna excusa

para que un principio jurídico Universal, como el que establece que el responsable debe soportar todas las consecuencias de sus daños, pueda quedar enervado. Si hay unos responsables, éstos deben soportar todas las consecuencias de su responsabilidad. Está en juego, un principio constitucional tan esencial, en el ámbito de la protección ambiental, como aquél que establece que «quien contamina paga».

Por las razones expuestas, el análisis del caso Prestige, en relación con el aseguramiento, ha de enmarcarse, necesariamente, en el contexto institucional delimitado por dicho principio. La institución de la responsabilidad por los daños ambientales, la responsabilidad civil, que, en nuestro caso, está asociada a la responsabilidad penal, se topa con una dificultad inicial derivada de la sujeción a los Convenios internacionales reguladores de la responsabilidad de este tipo. Se produce la paradoja de que la remisión a estos textos, tiene un efecto reenvío a las normas civiles del Código penal cuando aquella remisión deja fuera una importante parte de los daños ambientales y otros daños (caso de los morales). Como afirma el Tribunal Supremo, en la Sentencia, Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2016, núm. 865/2015, el fin no puede ser otro que «el importe de la responsabilidad... abar[que] en los términos que prevén los artículos 110 y 339 CP la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, *incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos*, y la indemnización de perjuicios materiales y morales». Si éste ha de ser el fin, el del principio constitucional, todas las limitaciones subjetivas y, en particular, objetivas, que lo impiden, deben ser superadas.

En definitiva, éste es un libro de la frustración, del Derecho, y de la esperanza, del Derecho. El doble rostro del Derecho como técnica social específica que es aún más insuficiente cuando se enfrenta con los problemas ambientales, en particular, aquellos de extraordinaria importancia como el que se hicieron presentes el día 13 de noviembre de 2002. La codicia humana, una vez más, colocando a la Naturaleza como rehén, provocó unos cuantiosos daños cuyos irresponsables autores, a día de hoy, siguen sin responder. La irresponsabilidad moral se suma a la irresponsabilidad jurídica. El Derecho nos muestra sus debilidades cuando se trata de los más débiles, como son las generaciones futuras.

INTRODUCCIÓN

El caso Prestige nos ofrece una muestra extrema de las dificultades de la reparación de los daños ambientales; no sólo en el plano físico, usualmente, imposible, sino también jurídico. La reparación en términos jurídicos depende de un concepto clave: el responsable. Si no hay responsable jurídico, no hay reparación. Es el que debe afrontar todas las consecuencias asociadas al daño. A la inversa, si hay tal responsable, también lo será de la reparación. La responsabilidad se ha determinado, en el caso que nos ocupa, por la vía penal. En última instancia, el Tribunal Supremo ha establecido que existen unos responsables a título de delito que, por consiguiente, deben asumir las responsabilidades civiles por los daños producidos. Esta sería la secuencia, digamos, ordinaria: los responsables del delito también lo son de los daños producidos con ocasión de su comisión. Sin embargo, hay varios elementos a tener en cuenta: en primer lugar, el marco institucional en el que la depuración de las responsabilidades se ha de producir. En segundo lugar, el cómo se reparan, en términos jurídicos, los daños, o sea, el cómo se exige la responsabilidad civil. En tercer lugar, la cobertura, en términos de responsabilidad civil, que a los responsables les dispensa el contrato de seguro. Y, en cuarto y último lugar, la acción directa con la que, en nuestro Derecho, cuentan los dañados para dirigirse contra el asegurador buscando la reparación de los daños. Son, así pues, los cuatro aspectos que pretendo desarrollar en este trabajo. Es un análisis pegado a un caso, singular, extraordinario, del que pretendo extraer consecuencias de alcance general.

El punto de partida no puede ser otro que el relato de los hechos. ¿Qué sucedió el día 13 de noviembre de 2002?

El caso Prestige. Los hechos probados

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de noviembre de 2013 se da por probado los siguientes hechos que, en su relato textual, paso a transcribir de manera resumida.

El 13 de noviembre de 2002 navegaba cerca del cabo Finisterre, por el corredor marítimo denominado Dispositivo de Separación de Tráfico, habilitado en las inmediaciones de la costa de Galicia y bajo jurisdicción española, el buque Prestige, propiedad de la naviera griega *Universe Maritime Ltd*, aunque su propietaria, ex datos registrales, fuese la entidad *Mare Shiping, Inc.* de Liberia, mientras que figura como armadora del referido buque la ya citada entidad *Universe Maritime Ltd* de Atenas. Estaba asegurado por *The London Steamship Owners Mutual Insurance Association*.

El buque era un petrolero que navegaba desde hacía 26 años². En el momento del accidente navegaba bajo bandera de Bahamas, donde estaba registrado, disponiendo de certificado de la entidad *American Bureau Of Shipping*³ en el que consta que sus condiciones para navegar eran acordes con las normas exigibles a esta clase de petroleros.

El buque procedía de San Petersburgo de donde partió el 31/10/2002 con un cargamento de fueloil que fue completado en el puerto de Ventspils, en Letonia, último puerto de carga, siendo su calado de 14,05 metros, es decir, sobrecaló 0,30 metros, lo que significaría llevar unas 2.150 toneladas más de peso, con una carga a bordo de 76.972 toneladas métricas de fueloil.

Su destino inmediato era Gibraltar, donde el capitán debía recibir órdenes e instrucciones, aunque el puerto de destino más probable era el de Singapur u otro asiático.

Mandaba el Prestige el Capitán Apóstolos Ioannis Mangouras, de 67 años de edad; el Primer oficial era Ireneo Maloto, de 38 años de edad y el Jefe de máquinas era Nikolaos Argyropoulos, de 63 años de edad. La tripulación estaba compuesta por 24 marineros de nacionalidad filipina, en su práctica totalidad jóvenes e inexpertos.

Sobre las 14:10 horas UTC del día 13 de noviembre de 2002, la tripulación del buque oyó un fuerte ruido, parecido a una explosión y seguido de una pronta y pronunciada escora, de 25 a treinta grados a estribor, cuando se hallaba a 27,5

² Sus características principales eran las siguientes: eslora máxima de 243,5 metros, manga 34,4 metros, puntal 18,7 metros, calado medio 14,00 metros, peso muerto de diseño 81.589 toneladas métricas.

³ En la Sentencia se detalla, en nota al pie: «Es una Sociedad de clasificación con sede en Houston, Texas. ABS fue fundada en 1862 y actualmente es una de las tres empresas líderes en su sector a nivel mundial, junto a la británica Lloyd's Register y la noruega Det Norske Veritas. La misión de ABS es buscar el interés general, así como las necesidades de sus clientes promoviendo la seguridad de la vida humana y propiedades, así como la protección del entorno natural marino por medio del desarrollo y verificación de estándares para el diseño, construcción y mantenimiento de buques y plataformas offshore.»

millas al Oeste de Finisterre. Las máquinas se pararon de forma automática al quedar parte de ellas sin lubricación, lo que suponía un riesgo de destrucción o avería muy grave.

Esa escora se debió a un fallo estructural en el costado de estribor que produjo una abertura de muy importantes dimensiones en el casco por donde se vertió gran parte de la carga al mar y se desplazó toda ella hacia el referido costado lo que puso el buque en riesgo de volcar. La avería se produjo en una zona crítica, en la cuaderna, a unos 14,75 metros a proa de la sección media del buque, entre los tanques de lastre 2 AS y 3 S.

«El fallo estructural fue debido –se afirma en la Sentencia de la Audiencia– a un mantenimiento y conservación deficientes pero inadvertidos por y ocultos para quienes navegaban en el buque, capitaneándolo o desempeñando cualquier otra responsabilidad, deficiencias que contribuyeron a debilitar concretas estructuras del buque, de modo que no resistieron los embates del oleaje y los esfuerzos a que le sometió el alterado mar, porque el día en que se produjo la escora descrita fue de condiciones meteorológicas de las que se denominan adversas, esto es, ese día hubo una depresión centrada en las Islas Británicas, con un centro secundario en las proximidades de Finisterre, que produjo temporal en la zona».

Para corregir la escora y adrizar el buque, decidió el capitán introducir agua del mar, abriendo manualmente las válvulas para que funcionase una bomba que hizo entrar el agua en los tanques de lastre. Así se hizo pese a conocer que sería extraordinaria la fatiga de los materiales y aún estaba la tripulación a bordo. Se consiguió que el buque se adrizase en horas, aunque la operación empeoró notablemente la situación estructural del buque.

La primera llamada de socorro desde el Prestige se recibió en el Centro Zonal de Coordinación de Salvamento Marítimo y Lucha contra la Contaminación Marina de Finisterre a las 14:15 horas del día 13/11/02 y poco después a las 14:33 horas se solicitó la evacuación de mandos y tripulación. La Administración española movilizó entonces helicópteros y remolcadores con la finalidad de auxiliar al buque, realizar la evacuación solicitada y evitar que el barco derivase hacia la costa gallega y encallase/embarrancase en ella.

Los helicópteros enviados al lugar de autos evacuaron a los 24 marineros en dos grupos de 7 y 17 hombres respectivamente a las 18:30 horas del mismo día 13/11/2002. Quedaron en el barco, voluntaria y arriesgadamente, el capitán, el jefe de máquinas y el primer oficial.

La primera y reiterada decisión de las autoridades españolas fue la de alejar el buque averiado de la costa española y a tal efecto se impartieron órdenes de acuerdo con un parecer general que nadie ha discutido ya desde al menos las 17,17 horas del 13/11/2002. En ese momento se transmite al Prestige, desde el Centro Zonal de Coordinación de Salvamento Marítimo, la orden de que el buque sea remolcado para alejarlo de la costa. Se sucedieron las reticencias y la negativa del capitán a dar remolque, excusándose en que necesitaba órdenes del armador, de modo que hasta unas dos horas y media más tarde no se aceptó dar remolque, lo cual fue muy dificultoso.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

El día 15/11/2002 se hizo cargo del buque una empresa de rescatadores y salvamento, Smit Salvage, al que accedió a las 02:50 horas, después de haber firmado en la capitanía marítima el compromiso de alejar el navío a 120 millas de la costa española. Los rescatadores decidieron entonces parar la máquina del Prestige y fijaron un rumbo suroeste de 220 grados, comprobando que la rotura del costado de estribor del Prestige era de unos 35 metros y que estaba por debajo de la línea de flotación por lo que pidieron a las autoridades españolas un puerto de refugio, siendo desatendida esa petición.

A las 14 horas del día 15/11/2002 la capitanía Marítima de A Coruña denuncia ante el Juzgado al capitán del buque por obstrucción y desobediencia. Se procedió a las 14:30 horas del mismo día a evacuar totalmente el Prestige, es decir fueron rescatados los mandos del buque que no lo habían abandonado hasta ese momento, a cinco tripulantes filipinos que habían regresado al barco para desempeñar tareas de auxilio en las operaciones que se llevaban a cabo y a cinco técnicos holandeses de un equipo especial.

El Prestige continuó su ruta remolcado en dirección sur, con unos daños estructurales que cada vez eran más evidentes y graves. En las últimas horas de la tarde del día 16 de noviembre y en la madrugada del día 17, se apreció que ya no sólo existía un boquete longitudinal, sino también una grieta transversal que hizo moverse al palo central de estribor (puntal de carga). También se comprobó que el Prestige seguía vertiendo una cantidad muy importante de fuel.

En su marcha hacia el sur, el convoy llegó cerca de aguas bajo la jurisdicción de Portugal. A las 23:40 horas del día 18, el Ría de Vigo informó que una fragata portuguesa les había indicado que el remolque no podía entrar en aguas de la zona económica exclusiva de Portugal, información que la propia fragata confirmó a las 00:00 horas. Esto obligó a virar el rumbo del buque hacia el Oeste.

El día 19 de noviembre de 2002 a las 08:00 horas el Prestige se partió en dos; a las 11:45 horas la popa del Prestige se hundió a una profundidad estimada de 3.500 metros; a las 16:18 horas la proa del buque se hunde en una sonda de 3.800 metros y una distancia a tierra de 138 millas. Desde que se hizo firme el remolque hasta que el buque se partió pasaron unas 115 horas en las que recibió de 37.600 a 46.000 golpes de mar.

Como consecuencia del prolongado, extenso e intenso vertido de fuel, resultó contaminada una amplia zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa. Se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios, directa o indirectamente, relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de afectar negativamente a la utilización de espacios naturales, abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico.

En la Sentencia se enumeran los siguientes datos concretos en relación con los daños producidos por el vertido⁴:

1) Según fuentes oficiales, se estima que fueron 63.000 toneladas de fuel las derramadas por el Prestige, generando 170.700 toneladas de residuos, y unas 14.950 toneladas de fuel en los dos pecios del barco (14.250 en proa y 700 en popa).

2) Un estudio realizado por investigadores de la Universidad de Santiago de Compostela enumera los siguientes efectos: resultaron afectados por la llegada de vertidos 2.980 km del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m² de superficie rocosa impregnada de chapapote; 526,3 toneladas de fuel fueron depositados en los fondos de la plataforma continental; una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, y todos los ecosistemas marinos afectados; y altos contenidos de HAPs (Hidrocarburo aromático policíclico) en la biota y sedimentos.

3) La costa damnificada se extendía principalmente desde la desembocadura del río Miño, en Galicia, hasta El Canal de la Mancha, siendo la costa gallega la más afectada (sobre todo la Costa da Morte, y más concretamente en Islas Sisargas, Muxía, Cabo Touriñán, Carnota, Parque Natural de Corrubedo, Fisterra), seguida del litoral cantábrico español y francés, afectando a 13 departamentos franceses.

4) La cuantificación certificada de los gastos ocasionados al Estado español asciende a 368.481.562,68 euros.

5) La cuantificación certificada de los gastos ocasionados a la Xunta de Galicia asciende a 145.288.610,51 euros.

6) El Estado francés cifra sus gastos y perjuicios en la suma de 67.500.905,92 euros.

7) Hasta el día 16/01/2003 se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia, lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna en general han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA.

8) En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional marítimo terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.

9) En Cantabria resultaron dañadas playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco.

10) Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003.

El Ministerio Fiscal había elevado a definitiva, en su escrito de acusación, la petición de indemnización al Estado español por importe de 4.328 millones

⁴ Relato fáctico sobre las consecuencias del vertido procedente del Prestige que, como resulta jurídicamente obligado, son mantenidos, como no podía ser de otra manera, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de enero de 2016.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

de euros (que se distribuían de la siguiente manera: 2.433,86 millones corresponden al impacto en Galicia; 1.275.458 euros a la Xunta de Galicia por el tratamiento de residuos; y 172.837.639,62 euros a entidades y particulares españoles); y al Estado francés y a las entidades francesas personadas⁵ de 86.361.254,55 euros.

A su vez, la Abogacía del Estado había fijado el importe de la indemnización reclamada en 2.152.327.787 euros, correspondiendo de esta suma 939.987.787 euros a los gastos directos en que incurrió el Estado como consecuencia del siniestro y 1.212.340.000 euros a la valoración de los daños ambientales causados en España.

Los interrogantes jurídicos relativos a la responsabilidad por los daños y la consiguiente obligación de reparación

Los daños producidos por el Prestige fueron de miles de millones de euros. El responsable ha de repararlos. Es una máxima esencial del Derecho. Los problemas jurídicos centrales son qué daños y quién los ha de reparar: daño y responsable. Alrededor de este binomio se organizan todas las demás cuestiones. En cuanto a aquél, la naturaleza de los bienes dañados y el cómo se valora, mientras que éste suscita otros, uno particularmente complejo que ahora nos interesa singularmente: el aseguramiento.

El Prestige supuso (i) daños, en particular, ambientales de extraordinaria importancia; (ii) el responsable de esos daños fue, en términos físicos o causales, el vertido de miles de toneladas de hidrocarburos procedentes del buque, pero (iii) esos responsables físicos no necesariamente son los jurídicos. Inicialmente, los Tribunales no apreciaron ningún tipo de responsabilidad jurídica, hasta que el Tribunal Supremo estableció la responsabilidad del capitán. (iv) Esa responsabilidad, de naturaleza jurídico-penal, tiene asociada, por determinación del Código Penal, la civil por todos los daños producidos. (v) Esa responsabilidad, en el caso concreto de los vertidos por hidrocarburos procedentes de buques, cuenta con su propio régimen regulador, establecido en un Convenio internacional. (vi) El régimen especial introduce unas limitaciones que han de ser adecuadamente interpretadas para impedir que, de facto, no todos los daños producidos sean objeto de reparación por el responsable. (vii)

⁵ Estas entidades son el municipio de San Juan de Luz, municipio de Bidart, Conseil Général des Landes, Conseil Général de Finisterre, Ligue pour la protection des oiseaux, Vigipol y France Nature environnement Les amis de la terre.

El Convenio obliga al armador a contar con un contrato de aseguramiento que también cuenta con sus reglas o cláusulas que impiden que el responsable asuma todas las consecuencias derivadas de los daños producidos. Y (viii) Cualquier posibilidad que reduzca la responsabilidad civil en relación con los daños efectivamente producidos, plantea un problema jurídico derivado del conflicto entre el Convenio y el Código penal.

En definitiva, el caso Prestige plantea dos interrogantes esenciales: (i) quién es el responsable y (ii) cuál es el alcance (reparador) de la responsabilidad por los daños producidos. La respuesta a estos interrogantes se ha dado desde el Derecho penal y, también, por remisión de éste, desde el Derecho civil, incluido, paradójicamente, en el Código penal (normas civiles de la responsabilidad civil ex delito). En este caso, siguiendo la tradición de nuestro Derecho, se persiguió, de manera preferente, el delito y, asociado al mismo, la responsabilidad civil. Como dispone el artículo 109 CP: «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.» Y el artículo 116 CP remacha que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.» En consecuencia, el responsable del delito productor de daños soporta la obligación de reparar los daños producidos, lo que se hará a cabo conforme al Derecho civil. Derecho penal y Derecho civil en hermandad. Pero no son los más adecuados para ofrecer la reparación que los daños ambientales precisan. El primero, porque se basa, como debe ser, en unas exigencias muy estrictas de «culpabilidad» que entran en conflicto con la responsabilidad objetiva que debe presidir la regulación de ciertas actividades singularmente peligrosas, precisamente, para crear el potente incentivo que reduplica el celo para evitar su producción. Y, el segundo, porque no comprende todos los bienes dañados y, además, plantean dificultades, incluso, insuperables, para la compensación de ciertos daños sufridos por los no apropiables. La responsabilidad civil es patrimonialista, como es lógico; pero los bienes ambientales no se reducen, en muchos casos, a dicha lógica. El ámbito (y la lógica institucional) de la responsabilidad, no se acompasa, con el ámbito (y la lógica institucional) de los bienes dañados. Se hace imprescindible intentar establecer puentes dogmáticos entre responsabilidad y daños para que aquella sea la que sirva de vehículo jurídico de la reparación íntegra de éstos. No se trata de hacer desaparecer éstos, sino que aquella sea la adecuada a éstos. La responsabilidad se acomoda a los daños; lo contrario no sería posible, entre otras cosas, porque conduciría a un resultado inadmisible: daños sin responsable.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

Éste es un libro sobre la responsabilidad por los daños ambientales y, en particular, sobre su aseguramiento. El caso Prestige nos ofrece el contexto factual y jurídico adecuado para la reflexión. Se trata de analizar instituciones jurídicas. En *primer* lugar, el porqué, la razón jurídica que impone que quien daña el medio ambiente debe repararlo. En *segundo* lugar, los daños, su naturaleza jurídica; qué se entiende por daños ambientales. En *tercer* lugar, quién es el responsable de los daños, no en términos penales, sino civiles, o sea, el responsable de su producción que debe ser, también, el de su reparación. En *cuarto* lugar, el aseguramiento. El contrato de aseguramiento de obliga subscripción por parte del propietario del buque. Su regulación, sus singularidades, pero también sus deficiencias. Y, en *quinto* y último lugar, la naturaleza de la acción directa en el Derecho español. Sorprendentemente, este asunto, inicialmente no relevante, se convirtió en la cuestión crítica para que los responsables soporten las consecuencias reparadoras de los daños producidos. La doctrina de los tribunales ingleses ha interpretado, erróneamente, que la acción directa ha de someterse a las cláusulas del contrato de aseguramiento de buque y, por consiguiente, que sólo los perjudicados se podrán dirigir contra el asegurador tras haberlo hecho contra el armador y quedarse acreditado su incapacidad para afrontar todos los gastos correspondientes (*clausula pay to be paid*).

Todos estos asuntos los voy a analizar, como he dicho, sirviéndome del caso Prestige. Es un caso extremo, pero de enorme importancia, que nos ha de servir de inspiración para la reforma del Derecho imprescindible para evitar que las deficiencias que se han apreciado, y se analizarán, no vuelvan a ser utilizadas para que los responsables queden liberados de cualquier obligación de reparación. Al final, los dañados, los perjudicados, todos los ciudadanos, deberemos, además, soportar los costes de la reparación. El Prestige demuestra que, sin el régimen jurídico adecuado, los ciudadanos somos doblemente dañados.

PRIMERA PARTE

**PRINCIPIOS, DAÑOS
Y RESPONSABILIDADES**

I

«QUIEN CONTAMINA PAGA», EL DESIDERÁTUM CONSTITUCIONAL AL QUE DEBE SERVIR LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS AMBIENTALES

En la Exposición de Motivos de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, se explican dos ideas esenciales en relación con el régimen jurídico de la contaminación marina de hidrocarburos procedente de vertidos de barcos. Por un lado, la responsabilidad «cuasi-objetiva» del armador, según la regulación contenida en los convenios internacionales, de aplicación preferente, que incluye, además, la exigencia de un seguro obligatorio⁶. Y, por otro, la «aplicación plena» de los principios de la política ambiental incluidos en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular, «quien contamina paga»⁷. Estas vendrían a ser las ideas fuente, explicati-

⁶ «Se procura también un régimen para la contaminación marítima que impone una responsabilidad cuasi objetiva del armador del buque o del titular del artefacto que causa la contaminación, junto con la exigencia del correspondiente seguro obligatorio, de conformidad con los convenios internacionales aplicables a los que la ley remite, especialmente al Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1992 (Convenio de Responsabilidad Civil, 1992) y al Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS, 2001). De este modo se consigue la aplicación extensiva de los principios internacionales a los supuestos de daños de contaminación distintos de los específicamente contemplados por el Derecho uniforme vigente».

⁷ «La pertenencia de España al ámbito comunitario europeo conlleva mayores exigencias en materia de responsabilidad por contaminación marina. Esto lleva a hacer plenamente aplicables a los supuestos regulados en este título los principios medioambientales incluidos en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que viene a significar una mayor calidad en la construcción y mantenimiento de los buques para dificultar los procesos de contaminación, y una atribución de responsabilidad a quien la causa de acuerdo con los principios “prevención en la fuente” y “quien contamina paga”».

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

vas del título VI de la Ley, consagrado a los accidentes de la navegación; en particular, las de la regulación de la responsabilidad civil por contaminación. Así se especifica, en relación con el fundamento de la exigencia de responsabilidad, «se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los atentados al medio ambiente y en el principio de que quien contamina paga» (art. 386.2).

La responsabilidad del armador es independiente, en cualquier grado, de su voluntariedad: es objetiva⁸. Para cubrir el riesgo de que el daño se pueda producir, haciendo surgir, como digo, la responsabilidad, se establece la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil «por daños por contaminación de las costas y aguas navegables, cuyas condiciones y cobertura mínima se determinarán reglamentariamente» (art. 389.1). Y, por último, «los perjudicados por daños por contaminación tendrán acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil hasta el límite de la suma asegurada» (art. 389.2). Todas estas determinaciones sólo tienen sentido en el marco de los principios constitucionales indicados, en particular, «quien contamina paga».

Que se diga, en la Exposición de Motivos, que la regulación de los accidentes de la navegación y, en particular, la de los daños por la contaminación procedente de buques, se inspire en los principios de la Unión en relación con la política ambiental, en particular, el de prevención y el de que quien contamina paga, pone de manifiesto una conexión institucional que no se puede desco-

⁸ En la dogmática iusmaritimista se habla de responsabilidad quasi-objetiva, porque se admiten ciertos supuestos de exención de la responsabilidad «si prueba que los daños han sido causados por una fuerza mayor inevitable, por la negligencia de cualquier autoridad que sea responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, o bien por una acción u omisión intencional de un tercero, a salvo de la responsabilidad que alcance a este último» (art. 386.1). En realidad, desde el punto de vista dogmático, se confunde la responsabilidad con la exención de soportar las consecuencias derivadas de la misma. Como establece, correctamente, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental, siguiendo, lo establecido en 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, es imprescindible distinguir el surgimiento de la responsabilidad del alcance de las consecuencias jurídicas nacidas de la misma. Por esta razón, se distingue entre la responsabilidad objetiva de los operadores de ciertas actividades (las del anexo III de la Ley) surgida con la producción del daño (art. 9), y la «inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes» (art. 14) cuando concurren las causas que en el artículo se enumeran. En consecuencia, el operador es responsable de los daños, y obligado a la prevención, la evitación y la reparación, de tal modo que, ni el cumplimiento de los requisitos, precauciones, reglas y condiciones, «no exonera a los operadores incluidos en el anexo III de responsabilidad medioambiental», «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14» (art. 9.1). En consecuencia, se es responsable, pero, de concurrir las circunstancias del artículo 14, se produce una liberación total o parcial de las obligaciones anudadas a la responsabilidad. Este esquema institucional, como se afirma en la Exposición de Motivos, tiene el doble carácter de «objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de “quien contamina paga”». No es diferente del contemplado en la Ley de Navegación Marítima. Es más, las causas de exoneración de las obligaciones, que no de la responsabilidad, son perfectamente equivalentes (fuerza mayor inevitable, negligencia de cualquier autoridad que sea responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, o acción u omisión intencional de un tercero, así como, por último, la culpa del perjudicado).

nocer. Si el responsable (objetivo) de la contaminación por vertidos es el armador y tal imputación da lugar, al menos, por lo que ahora nos interesa, a la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil y a la acción directa, el legislador pretende que estas medidas regulatorias sirvan a hacer realidad los principios del Derecho ambiental, porque, en el fondo, lo que se pretende es la reparación completa de los daños. Tiene sentido. Un seguro de responsabilidad civil (obligatorio) y la acción directa del perjudicado son mecanismos instrumentales para hacer realidad la responsabilidad objetiva del armador, y todos ellos, al servicio de la reparación íntegra. La interposición del asegurador (obligatoria) y contra el que, además, el perjudicado se puede dirigir, lo implica directamente en la prevención, además de garantizar que, con su poderoso músculo financiero, se podrán satisfacer todas las exigencias de reparación de los daños. Una exigencia que no es ajena a una determinación crítica: se trata de daños sufridos por los recursos naturales y la Naturaleza. Que todas estas disposiciones institucionales se implementen para hacer realidad el principio «quien contamina paga» obedece a la importancia social, en sentido amplio, de los bienes objeto de protección. Se impone la reparación íntegra de los daños porque lo que se pretende es que el daño ambiental no se produzca. No se trata de que quien paga contamina, sino que pagando se evite la contaminación, el daño.

Los convenios internacionales que regulan esta materia no son ajenos a estas ideas. En lo que ahora nos ocupa, éstos son el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (en adelante, Convenio 1992)⁹ y su instrumento complementario, el Convenio sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos (en adelante, Convenio FIDAC 1992)¹⁰. Lo previsto en

⁹ El Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el día 29 de noviembre de 1969, fue ratificado por España por instrumento fechado el día 15 de noviembre de 1975, publicado en el BOE de 8 de marzo de 1976. El Instrumento de Ratificación de España fue depositado con fecha 8 de diciembre de 1975. El Convenio entró en vigor para España el día 7 de marzo de 1976. El Convenio fue enmendado por Protocolo, hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992. El Protocolo entró en vigor de forma general el 30 de mayo de 1996 y para España el 6 de julio de 1996. Instrumento de adhesión de España lleva fecha de 6 de junio de 1995. Fue publicado en el BOE el 20 de septiembre de 1995. El Convenio resultante del Protocolo de 1992 es conocido como Convenio 1992.

¹⁰ Inicialmente, el Convenio sobre responsabilidad fue hecho Bruselas el día 29 de septiembre de 1969 y el Convenio del Fondo, en el año 1971. Estos Convenios han sufrido modificaciones, algunas muy importantes. Como explica REQUEJO (2007: 140) «en 1969, con motivo del accidente del Torrey Canyon en 1967, se adoptan los dos Convenios cuyos sucesores configuran en la actualidad el marco jurídico fundamental: el Convenio de 1969 sobre daños causados por la contaminación marina por hidrocarburos (se publica en España en BOE de 8 de marzo de 1976), y el Convenio de 18 de diciembre de 1971 sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos (BOE de 11 de marzo de 1982). En 1992, bajo los auspicios de la OMI (Organización Marítima Internacional, creada en 1948 e integrada en Naciones Unidas), ambos instrumentos fueron enmendados; España

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

estos instrumentos tiene una aplicación preferente, como dispone el artículo 391 de la Ley 14/2014, de navegación marítima, respecto del Derecho nacional: «Lo previsto en los convenios internacionales de que España sea parte en materia de responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos o por sustancias nocivas, peligrosas o tóxicas, o por el combustible de los buques, será de aplicación preferente en su ámbito respectivo» (art. 391.1). Esto quiere decir que la resolución de la responsabilidad por daños ambientales derivados de vertidos de hidrocarburos se ha de llevar a cabo conforme a lo dispuesto en los Convenios indicados y sólo, de manera supletoria, por la Ley de navegación marítima.

Se plantea un problema jurídico no menor. El Derecho constitucional europeo, en los términos que han sido expuestos, y que reconoce la legislación de la navegación marítima, consagra unos principios a los que deben ajustarse todas las instituciones, en nuestro caso, de protección ambiental. Uno de estos principios es, precisamente, el de «quien contamina paga». Si todas las instituciones, en particular, la de la responsabilidad por los daños se ha de ajustar a sus determinaciones, debemos comenzar conociendo cuáles son sus exigencias. Una idea parece de sentido común: ninguna regla jurídica, ninguna institución jurídica, como hemos comprobado, tiene sentido, ni justificación, si no hacen realidad el desiderátum último: que todos los daños sean reparados por aquel que sea responsable de los mismos o por aquel que los asume en virtud, entre otras, del contrato de seguro de responsabilidad civil cuya imposición, precisamente, pretende hacer realidad los principios indicados, en particular, quien contamina paga.

A. PRINCIPIOS, NATURALEZA Y FUNCIONALIDAD. PRINCIPIOS AMBIENTALES CONSTITUCIONALIZADOS

«Quien contamina paga»¹¹ es uno de los principios jurídicos básicos del Derecho ambiental¹². En *primer* lugar, los principios jurídicos sirven de fuen-

se adhirió a los Convenios de 1992 en 1995 (BOE de 20 de septiembre y de 11 de octubre de 1995), denunciando posteriormente los de 1969 y 1971 (BOE de 24 de julio de 1997). En 2000 y 2003 los instrumentos han sido revisados a la vista de la insuficiencia de los medios provistos para la reparación de los daños causados por catástrofes como la del Nadhadka (1997), el Erika (1999) o el Prestige. No obstante, ninguna de las modificaciones se aplicará al caso Prestige.»

En adelante, cuando me refiera al Convenio de responsabilidad civil, me refiero al Convenio de 1992. Al igual que cuando me refiera al Convenio del FIDAC, también me refiero al modificado en el año 1992. Eran, como resulta evidente, los vigentes en el momento en que se produjo el vertido procedente del Prestige en el año 2002.

¹¹ La exposición que sigue está inspirada en BETANCOR, 2014: 235 y ss.

¹² En el Derecho ambiental, los principios ocupan un lugar muy destacado, como ha puesto de manifiesto unánimemente la doctrina, entre otros, vid. JORDANO FRAGA, 1995: 131 y ss.; MARTÍN MATEO,

te de inspiración e información de normas y de la práctica de aplicación del conjunto del sistema normativo, máxime cuando sobre ellos reposa la condición sistémica inmanente del Derecho¹³. La función inspiradora e informadora es reconocida, entre otras disposiciones, por el artículo 53.3 CE que dispone, respecto de los «principios rectores de la política social y económica», que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»; y por el artículo 1.4 CC que admite el «carácter informador» del ordenamiento jurídico de los principios generales del Derecho¹⁴. En cambio, es discutida la exigencia de que estén positivados, o sea, recogidos en una norma jurídica, en particular, escrita. No obstante, los principios ambientales más importantes lo están en el artículo 191.2 TFUE¹⁵.

En *segundo* lugar, la legislación acude a ellos con frecuencia y, en particular, la ambiental, como: (i) la fuente de legitimación de la ley o de la acción de la autoridad ambiental, al presentarse como ejecución/desarrollo de tales principios, en particular, los constitucionalizados, al proclamar su inspiración en ellos¹⁶; (ii) la referencia última de ciertas decisiones de la Administración; y (iii) la relación de mandatos operativos de actuación a seguir por la autoridad ambiental a los efectos de la imposición de obligaciones a los ciudadanos¹⁷. El

1998: 39 y ss; LOPERERA ROTA, 1998; JUSTE RUIZ, 1998: 69 y ss; ORTEGA ÁLVAREZ, 1999: 50 y ss; ALENZA GARCÍA, 2001: 41 y ss; LASABABASTER, GARCÍA URETA y LAZCANO, 2007: 78 y ss; ...

¹³ CANARIS, 1998: 55.

¹⁴ Aunque en el ámbito comunitario europeo L. KRAMER (1990) ha puesto en duda que los principios del artículo 130 R.1 TCE (hoy art. 191.2 TFUE) sean propiamente jurídicos. A su juicio son meras declaraciones políticas.

¹⁵ El artículo 191.2 TFUE dispone que «la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente ... 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 paga.»

¹⁶ La Directiva 2004/35, de responsabilidad medioambiental dispone en su artículo 1 que su objeto es «establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de “quien contamina paga”, para la prevención y la reparación de los daños medioambientales.» La regulación de la responsabilidad se basa en el indicado principio. Se puede considerar que es la legislación la que, al asumir la inspiración del principio, pretende hacerlo realidad. En esta radica la fortaleza, incluso, jurídica de la regulación: son el medio de ejecución de unos principios de naturaleza constitucional.

¹⁷ La Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación nos ofrece un excelente ejemplo de la complejidad de las funciones de los principios en el Derecho ambiental. Los principios son los legitimadores de su contenido. En la exposición de motivos se reconoce que toda su regulación es la consecuencia de la aplicación del principio de prevención: «una de las actuaciones más ambiciosas que se han puesto en marcha en el seno de la Unión Europea para la aplicación del principio de prevención en el funcionamiento de las instalaciones industriales más contaminantes ha sido la aprobación de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación, mediante la que se establecen medidas para evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto.» Hay una referencia expresa al principio de prevención. No es el único principio al que expresamente se alude. El artículo 6 regula la «cooperación interadministrativa» disponiendo que «para la aplicación de esta Ley, las Administraciones públicas ajustarán sus actuaciones a los principios de información mutua, cooperación y colaboración.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

legislador se sirve de estos principios porque no puede, por la vía de la determinación taxativa del contenido de la norma, afrontar la gestión regulatoria de las distintas circunstancias en las que se ha de aplicar la ordenación perseguida. En definitiva, los principios permiten la flexibilización de la norma para que el aplicador, en particular, la Administración, pueda apreciar el contexto en el que las reglas se deben emplear.

En *tercer* lugar, la aplicación *judicial* de los principios es fuente de controversias. Es imprescindible distinguir varios planos. Por un lado, los principios deben servir de fuente de inspiración e información de las decisiones judiciales (como sucede, también, respecto de los otros poderes del Estado), pero, por otro, resulta más discutible que puedan ser la base exclusiva de sus decisiones. La utilización inspiradora de los principios está perfectamente admitida por los Tribunales que se sirven de ellos dentro de la argumentación que da soporte al fallo¹⁸. A su vez, la intensidad vinculatoria depende del contenido

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 jul. 2011, Sección 5.^a, rec. 3796/2007 (asunto: Denegación de concesión para aprovechamiento hidroeléctrico) se sirve de los principios ambientales para confirmar la legalidad de la denegación de la concesión: «La protección del medio ambiente puede hacerse desde un Derecho reactivo, que haga frente a los daños que ya se han producido (“quien contamina paga”), pasando por un Derecho que haga frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (“prevención”), hasta un Derecho que prevea y evite amenazas de daños desconocidos o inciertos (“precaución”). El principio de precaución, derivado del principio de previsión del Derecho alemán —(“Vorsorgeprinzip”—) ha sido incorporado por diversos instrumentos internacionales sobre el medio ambiente (desde la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992) y por el Derecho primario de la Unión Europea (art. 130.2 R del Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa) y la citada Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo , (sobre la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna salvajes) así como por la jurisprudencia de la Unión (desde las iniciales Sentencias del TJCE “Reino Unido/Comisión y National Farmers’ Union” de 5 de mayo de 1998). Se recoge hoy en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.» «En la zona, y circunstancias de protección medioambiental que se acaban de expresar, son de aplicación los principios de cautela y precaución del Derecho de la Unión europea, que hace recaer sobre la entidad que pretende una acción con impacto negativo en el medio ambiente la carga de la prueba, para demostrar la compatibilidad de la intervención con el mismo.» «Cuando la intervención afecta, como en el presente caso, a especies protegidas y en peligro de extinción dichos principios sirven a una actitud de respeto al entorno natural que implica el abandono del principio de arrogancia de los seres humanos en relación con el desarrollo sostenible de su entorno.» «La entidad que hoy recurre en casación aportó informes y un amplio Informe de Impacto Ambiental suscrito por la consultora “Ambitel, S. A.” y la “Fundación Leonardo Torres Quevedo” así como informes periciales que fueron ratificados y sometidos a la posibilidad de contradicción, con los testimonios del Ingeniero Industrial don Gerónimo, del Ingeniero de Montes don Lucas y de la Licenciada en Ciencias Biológicas doña Araceli, todos ellos especialistas en materia medioambiental.» «No se puede considerar motivada la Sentencia, en cuanto silencia la valoración que han merecido a la Sala esas pruebas. En una materia como la medioambiental esa ausencia total de razonamiento en la Sentencia causa indefensión a la recurrente, que ve dificultada su posibilidad de defensa frente a una resolución que no explica en forma alguna el resultado que produce el acervo probatorio (por todas, SSTC 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; 308/2006, de 23 de octubre FJ 6 y 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4) y que resuelve el debate sin profundizar en los aspectos esenciales planteados en el mismo.» «Debe prosperar, en consecuencia, el reproche de defecto de motivación de la Sentencia, en el extremo concreto de ausencia de valoración expresa de las pruebas practicadas en sede jurisdiccional. Esta omisión de la Sala de instancia da lugar a la estimación del motivo y a la casación de la sentencia de

do del principio e, incluso, del cuerpo normativo y doctrinal, en particular, judicial, que le da respaldo y concreción. Así, hay ciertos principios ambientales que han alcanzado un considerable grado de concreción. Es el resultado de la confluencia de un desarrollo normativo que los ha positivizado y una práctica judicial que ha detallado sus consecuencias e implicaciones. En estos casos, los principios juegan un papel decisivo en la fundamentación de las decisiones judiciales. Su virtualidad jurídica y judicial se aproxima a la de los principios jurídicos tradicionales como el de proporcionalidad o igualdad de trato, reglas que guían positiva y expresamente las decisiones judiciales¹⁹. Así sucede,

instancia.» Una vez casada la Sentencia de instancia, la Sala procede a resolver sobre el fondo del asunto, lo que le conduce a desestimar el recurso contra la denegación del aprovechamiento propuesto: «Lo expuesto conduce ya —sin necesidad de examinar otras cuestiones de menos calado— a considerar que la recurrente no ha probado que el conjunto de medidas correctoras propuestas hagan viable el proyecto en una zona de alta fragilidad a la instalación de infraestructuras artificiales, que puede producir daños medioambientales irreversibles, por las razones que se acaban de expresar. *Los principios de cautela y precaución justifican el informe negativo de impacto de la Administración autonómica y conducen a desestimar la demanda y declarar la conformidad a Derecho de la resolución impugnada.*»

¹⁹ Es interesante la STJUE de 16 de diciembre de 2008 (C-127/07; asunto: petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez de la Directiva 2003/87, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad). Está dedicada al principio de igualdad de trato en relación con el ámbito (sectores) sujetos al régimen de comercio de derechos de emisión. El razonamiento del Tribunal parte del reconocimiento de que «el principio general de igualdad de trato, como principio general del Derecho comunitario, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véanse, en particular, las sentencias de 13 de diciembre de 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, apartado 28; de 5 de octubre de 1994, Crispoltóni y otros, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, Rec. p. I-4863, apartados 50 y 51, así como de 11 de julio de 2006, Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33).» La vulneración del principio de igualdad de trato a causa de un trato diferente implica que «las situaciones en cuestión son comparables, habida cuenta del conjunto de elementos que las caracterizan.» «Los elementos que caracterizan distintas situaciones y, de este modo, su carácter comparable, deben apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto comunitario que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1971, Rheinmühlen Dusseldorf, 6/71, Rec. p. 823, apartado 14; de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros, 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753, apartado 8; de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. p I-4973, apartado 74, así como de 10 de marzo de 1998, T. Port, C-364/95 y C-365/95, Rec. p. I-1023, apartado 83).»

En cambio, «el principio de igualdad de trato no resultará vulnerado en tanto se justifique la diferencia de trato entre el sector de la siderurgia, por un lado, y los sectores químicos y de los metales no ferreos, por otro.» «Una diferencia de trato está justificada cuando se basa en un criterio objetivo y razonable, es decir, cuando está en relación con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de julio de 1977, Bela-Mühle Bergmann, 114/76, Rec. p. 1211, apartado 7; de 15 de julio de 1982, Edeka Zentrale AG, 245/81, Rec. p. 2745, apartados 11 y 13; de 10 de marzo de 1998, Alemania/Consejo C-122/95, Rec. p. I-973, apartados 68 y 71, y de 23 de marzo de 2006, Unitymark y North Sea Fishermen's Organisation, C-535/03, Rec. p. I-2689, apartados 53, 63, 68 y 71).»

El Tribunal concluye declarando que «el legislador comunitario no vulneró el principio de igualdad de trato tratando de modo diferente situaciones comparables al excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 los sectores químicos y de los metales no ferreos». El razonamiento jurídico gira en su totalidad alrededor del principio cuya estructura sirve de guía para la decisión final.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

como se analizará, con el principio «quien contamina paga»²⁰. En fin, los principios despliegan una importantísima función en el seno de la construcción argumentativa que desemboca en el fallo, en tanto que sirven de *criterio material de interpretación*²¹ que guía el razonamiento judicial. Esta es, a mi juicio, la función más relevante en relación con los Tribunales. Están, también, vinculados por los principios jurídicos²². Cuando interpretan el Derecho para resolver una controversia, deben perseguir, la máxima realización de los principios constitucionales.

En cuarto y último lugar, en el ámbito del Derecho ambiental, también refugan con particular importancia ciertos principios que despliegan las funciones indicadas. Los principios básicos del Derecho ambiental se pueden ordenar en dos grandes grupos en función de un criterio esencial: el del daño. Por un lado, los de *evitación* del daño que son los de precaución o de cautela y el de prevención. Y, por otro, los relativos a la *restauración* del recurso dañado (una vez, lógicamente, producido el daño) son el de reparación *in natura* del recurso (principio de corrección de los atentados preferentemente en la fuente

²⁰ La STJUE de 24 de junio de 2008 (C-188/07; asunto: petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los arts. 1 y 15 de la Directiva 75/442, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos) nos ofrece un magnífico ejemplo del juego de los principios ambientales, por un lado, el de prevención y, por otro, el principio quien contamina paga. Sólo este sirve de fundamento expreso a la decisión judicial que interpreta las exigencias del Derecho de la Unión. El Tribunal cita los principios del artículo 174.2 TCE (en la actualidad, el art. 191.2 TFUE), en particular, los principios de cautela y de acción preventiva, pero sólo el principio «quien contamina paga» inspira directamente la interpretación de uno de los artículos reseñados, el artículo 15. El Tribunal declara que «si el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos no asume los costes relativos a la eliminación de los residuos generados por un vertido accidental de hidrocarburos en el mar o no puede asumirlos por haberse alcanzado el límite máximo de indemnización previsto para ese siniestro y si, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido el derivado de convenios internacionales, impide que tales costes recaigan sobre el propietario del buque y/o el fletador de éste, aun cuando éstos deban calificarse de “poseedores” en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, tal Derecho nacional deberá permitir, para garantizar la correcta adaptación del ordenamiento jurídico interno al artículo 15 de dicha Directiva, que los costes recaigan sobre el productor del producto generador de los residuos así esparcidos. *No obstante, de conformidad con el principio “quien contamina paga”, sólo puede obligarse a tal productor a hacer frente a los referidos costes si, mediante su actividad, contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.*» El indicado principio es el que permite delimitar el alcance de una obligación establecida en la Directiva. Esta es la cuestión jurídica relevante. Es el principio el que dirige la interpretación y la consiguiente decisión del Tribunal.

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 Ene. 2007, Sección 3.^a, rec. 20/2005 (asunto: sanción impuesta por infracción de la Ley de Industria en materia de aparatos elevadores) afirma que el principio de precaución «constituye el criterio material de interpretación» de la legislación a los efectos de resolver una controversia sobre la correcta interpretación (interpretación auténtica) del artículo 31.2 e) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que tipifica como infracción grave «la expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos».

²² Merece destacarse la importante doctrina jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad basada en el principio de interdicción de la arbitrariedad. DELGADO BARRIO, 1993.

misma) y el de reparación por sustitución, en particular, económica (principio quien contamina paga)²³.

Éstos son, precisamente, los incluidos en el artículo 191.2 TFUE. Este dispone que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente «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 paga». El carácter constitucional refuerza su virtualidad en orden a condicionar la acción de los poderes públicos en el ámbito de eficacia de las normas constitucionales²⁴.

B. «QUIEN CONTAMINA, PAGA»

El principio «quien contamina paga»²⁵ fue introducido por la OCDE en sucesivas recomendaciones adoptadas en 1972²⁶, 1974 y 1989²⁷, e impulsado en el ámbito de la Unión a partir singularmente de la Recomendación 75/436 de 3 de marzo de 1975, hasta su consagración constitucional inicial por el Acta Única Europea de 1987. Ha sido definido como un principio jurídico *proteiforme*

²³ El Tribunal Supremo ha recogido este planteamiento cuando en la Sentencia de 15 Jul. 2011, Sección 5.^a, rec. 3796/2007 (asunto: denegación de la concesión para un aprovechamiento hidroeléctrico) ha afirmado que «La protección del medio ambiente puede hacerse desde un Derecho reactivo, que haga frente a los daños que ya se han producido (“quien contamina paga”), pasando por un Derecho que haga frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (“prevención”), hasta un Derecho que prevea y evite amenazas de daños desconocidos o inciertos (“precaución”).»

²⁴ En el caso de los principios del TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que lo son de la política ambiental de la Unión que no pueden ser invocados en cuanto tales por los particulares a fin de excluir la aplicación de una norma nacional: sólo puede serlo en relación con una norma de la Unión que los hubiese asumido. En la Sentencia de 9 de marzo de 2010 (ERG y otros; asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08), el Tribunal recuerda que «en el artículo 174 CE se señala que la política de la Comunidad Europea en el ámbito del medio ambiente tiene como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado y se basa en el principio de quien contamina paga. Por lo tanto, dicha disposición se limita a definir los objetivos generales de la Comunidad en materia de medio ambiente en la medida en que el artículo 175 CE confía al Consejo de la Unión Europea la tarea de decidir qué acción debe emprenderse en su caso en procedimiento de codecisión con el Parlamento Europeo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1994, Peralta, C-379/92, Rec. p. I-3453, apartados 57 y 58)». Y se añade: «habida cuenta de que el artículo 174 CE, que contiene el principio de quien contamina paga, se dirige a la acción de la Comunidad, la referida disposición no puede ser invocada en cuanto tal por los particulares a fin de excluir la aplicación de una norma nacional como la controvertida en los litigios principales, adoptada en un ámbito comprendido dentro de la política medioambiental cuando no sea aplicable alguna normativa comunitaria adoptada sobre la base del artículo 175 CE, que cubra específicamente la situación de que se trate.»

²⁵ Para una visión general e introductoria del significado y consecuencias de este principio vid. MCLOUGHLIN & BELLINGER (1993: 145 y ss.).

²⁶ Según SANDS (1995: 214) la Recomendación de la OCDE del año 1972 es el primer instrumento internacional en el que se consagra este principio.

²⁷ Sobre estas Recomendaciones vid. SANDS (1995: 214-215).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

*me*²⁸ puesto que admite varias interpretaciones e incluso se ha cuestionado su naturaleza jurídica al afirmarse que estamos ante una especie de *normativismo filosófico* que se traduce en una *directiva de orden económico más que de un principio jurídico*²⁹. Estas dudas están hoy definitivamente superadas. Es un principio del Derecho ambiental constitucionalizado en el artículo 191.2 TFUE. Como todos los principios, su interpretación y aún más su aplicación, son complejas.

En una primera interpretación puede entenderse que supone una exigencia dirigida al contaminador para que asuma todas las consecuencias derivadas del daño ambiental y, por consiguiente, la obligación de reparar todos los daños o perjuicios³⁰. En una segunda interpretación, no incompatible con la anterior, sino que la presupone, el principio pasa a tener una finalidad disuasiva más que restitutoria por cuanto que la obligación de reposición actúa, o debería actuar, como incentivo negativo respecto de todos aquéllos que pretendiesen realizar una conducta lesiva para con el medio ambiente. Por último, la interpretación más genérica del principio, culmen de las otras, se refiere a la internalización de los costes ambientales. La reducción del nivel de *contaminación legalizada*³¹ y la ampliación del concepto de daño ambiental trae como consecuencias que sean cada vez más *costosas* la reparación y la reposición por lo que se incrementa el incentivo negativo. La contaminación admisible y los daños inadmisibles convergen en la idea de que el contaminador debe asumir todas las consecuencias dañinas de su actividad, en el sentido más amplio. Este debe incorporar ese coste de tal modo que, en caso de que los costes sean superiores a los beneficios o bien cese de llevar a cabo la actividad o bien cambie sus características y condiciones.

A estas ideas responde, aunque de manera muy timorata, el principio 16 de la Declaración de Río cuando establece que «las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el

²⁸ JUSTE, 1998: 81.

²⁹ PRIEUR, 1991: 123.

³⁰ A esta primera acepción responde la siguiente definición que ALONSO GARCÍA (1993a: 80-81) da a este principio: «Conforme al principio quien contamina paga, se entiende por “responsable de la contaminación” o, con la expresión más gráfica de la versión inglesa, por “agente contaminador”, a la persona física o jurídica sometida a Derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose, básicamente, de evitar en principio que la política ambiental de protección del medio ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la Comunidad la carga de la lucha contra la contaminación, siendo imputable al contaminador el costo de las medidas necesarias para la eliminación de la contaminación o para su reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental. No le son imputables, sin embargo, los costos en que incurren los Poderes públicos para poder estar preparados ante la eventualidad de un accidente de graves consecuencias ecológicas».

³¹ KRAMER, 1992: 282.

uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.»

El principio se instrumenta técnicamente a través de distintas instituciones, singularmente, algunas figuras tributarias (como el canon de vertido o el canon de saneamiento³²), las multas e indemnizaciones asociadas a aquellas³³ y, particularmente, la responsabilidad por los daños ambientales³⁴, particularmente relevante en el caso Prestige. El gran problema asociado a su aplicación es el del cálculo del importe de la compensación para que cumpla su función reparadora pero también disuasoria y, en general, que permita la internalización de todos los costes³⁵. Este objetivo entra en conflicto con la realidad del disfrute de ciertas ayudas públicas por el contaminador que, lamentablemente, se sigue produciendo a pesar de las exigencias del principio que comentamos³⁶.

La interpretación e implicaciones del principio dependen de la exégesis que se haga de los tres elementos que lo integran: el sujeto (*¿quién?*), la acción (*¿contaminar?*) y la consecuencia (*¿pagar?*). En *primer* lugar, el quién se refiere al sujeto responsable tanto de la contaminación como del pago; no es fácil determinarlo en ciertos casos, porque la contaminación reviste unas características (complejidad, acumulación, interactividad, ...) que impiden o dificultan

³² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 oct. 2010, Sección 2.^a, rec. 2939/2005 (asunto: impugnación del Reglamento regulador del canon de saneamiento de la Comunidad Autónoma de Aragón).

³³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 Feb. 2011, Sección 5.^a, rec. 562/2008 (asunto: imposición de multa y obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico).

³⁴ La relación entre el principio quien contamina paga y la responsabilidad por daños ambientales ha sido destacada por la doctrina: vid. GOMIS CATALA (1998: 93 y ss), GARCÍA AMEZ (2015: 39 y ss). Y confirmada por el Derecho. Efectivamente, la Directiva 2004/35, de responsabilidad afirma, en el artículo 1, que su objeto es establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de quien contamina paga.

³⁵ Vid. SANDS (1995: 213).

³⁶ Inicialmente se puede considerar que el principio impide que el contaminador pueda disfrutar de cualquier tipo de ayudas para evitar que el costo de la contaminación se traslade a los ciudadanos a través del sistema tributario. Sin embargo, como denuncia KRÄMER (1999: 98), «la actuación de la Comunidad, en la práctica, está muy alejada de esta rigurosa interpretación, ya que aquella —de manera acertada— ve en el principio “quien contamina paga” una directriz que sufre derogaciones y excepciones. Desde los primeros pasos de la política ambiental de la Comunidad, la Comisión ha aceptado que los operadores económicos, en especial las empresas, puedan aceptar ayudas públicas, y las ha regulado. Desde que se introdujo el principio “quien contamina paga” en el Tratado, las ayudas públicas se han incrementado, en lugar de disminuir.» La conclusión a la que llega el citado autor no puede ser más concluyente: «en términos muy generales, puede sostenerse que ni las medidas comunitarias ni las nacionales intentan seriamente que quien contamina pague por el deterioro o daño ambiental. En lugar de ello, la restauración del medio ambiente es, y así se considera, una tarea que corresponde a las Administraciones públicas...» (ídem: 98).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

establecer el nexo causal entre la acción u omisión de un sujeto y un evento ambientalmente dañino³⁷.

En *segundo* lugar, qué es lo que se entiende por contaminación también encierra importantes problemas. Con este término se refiere a cualquier actividad productora de un daño al ambiente. La definición usual es la siguiente:

«la introducción directa o indirecta, como consecuencia de la actividad humana, de sustancias o calor en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan ser perjudiciales para la salud humana o para la calidad de los ecosistemas acuáticos, o de los ecosistemas terrestres que dependen directamente de ecosistemas acuáticos, y que causen daños a los bienes materiales o deteriore o dificulten el disfrute y otros usos legítimos del medio ambiente.»

Ésta es la definición recogida en la Directiva 2000/60, de aguas (art. 2.33)³⁸. El principio tiene por objetivo la imposición de una compensación económica por la contaminación, entendida de la manera indicada. Cualquier forma de contaminación, de introducción en los recursos naturales de sustancia o calor que causen daños, es la que constituye el objeto «gravado» por el principio, el que hace surgir la obligación de la compensación económica.

El daño contaminante no es cualquier daño. Es imprescindible distinguir entre los impactos insignificantes y los realmente dañinos, entendiendo que el criterio que ha de servir para distinguirlos debería ser el de la alteración del equilibrio ambiental general y la capacidad particular de auto-regeneración y reproducción de los recursos. La ley determina o marca la frontera entre lo constitutivo de la responsabilidad y lo que no; lo que hace surgir la responsabilidad y lo que no³⁹.

³⁷ En la legislación de responsabilidad por daños ambientales la responsabilidad recae, bien a título objetivo o bien subjetivo, al operador, entendiendo por tal, «cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad». A su vez, actividad profesional es definida como «cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos» (art. 2 Directiva 2004/35). En todo caso, lo relevante es que tales actividades sean las «causantes» de los daños (art. 3 Directiva 2004/35). La Ley 26/2007 de responsabilidad es más explícita en cuanto a cuándo y cómo se ha de apreciar que concurre este nexo causal. En el caso de ciertas actividades particularmente peligrosas, enumeradas en el anexo III de la Ley, «se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo» (art. 3.1). Esta presunción *iuris tantum* es la que establece una conexión a priori entre los daños y ciertas actividades peligrosas. En este caso, estas actividades son consideradas, al menos inicialmente, como siempre causante de daños ambientales. Una vez apreciados estos, se presume que las actividades indicadas son las causantes.

³⁸ También, entre otras, en la Directiva 2010/75, de emisiones industriales (art. 3.2).

³⁹ La legislación de responsabilidad ambiental delimita positivamente qué daños la hacen surgir. En el caso de la Directiva 2004/35 (y en términos equivalentes la Ley 26/2007) los daños son definidos como

Todo daño que tenga unos efectos adversos significativos, o sea, el *daño contaminante* hace surgir, en términos generales, por obra del principio que comenté, una consecuencia jurídica dirigida a hacer responsable a su productor de su reparación y, por consiguiente, de todos los costes que ésta supone⁴⁰. El cómo se impone tiene dos vías principales: por un lado, los tributos y otras cargas económicas⁴¹ y, por otro, la responsabilidad por daños ambientales.

«el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente» pero los que desencadenan la responsabilidad son solo los que afectan a ciertos recursos. En el caso de las especies y hábitats naturales protegidos, los daños son definidos como «cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Anexo I». A su vez, los daños a las aguas son «cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas». Por último, los daños al suelo, «cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo» (art. 2 Directiva 2004/35). En el caso de los primeros, en el anexo que se cita se especifica que «el carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural» (anexo I). En definitiva, la legislación hace un esfuerzo en orden a delimitar los daños cubiertos por la responsabilidad. El criterio central es el de que los daños tengan un efecto adverso significativo que lo será, en todo caso, si afecta a la salud de las personas.

⁴⁰ Esta consecuencia general, prevista en la legislación de responsabilidad ambiental, tiene sus matizaciones. Por un lado, la titularidad de una licencia o autorización podría liberar al responsable de estas obligaciones si demuestra que no ha habido dolo o culpa y que se ha ajustado a las condiciones previstas en dichos títulos. Así lo establece el artículo 14.2 Ley 26/2007, de responsabilidad ambiental. Así sucede con las actividades singularmente peligrosas, relacionadas legalmente (en el caso de la legislación de responsabilidad, en el anexo III de la Ley 26/2007). Por otro, las actividades dañinas, la contaminación, puede estar o no tipificada como una infracción o delito. La consecuencia prevista por el principio no precisa de la tipificación previa de la contaminación. Es independiente de cualquier pena. Y, por último, no puede descartarse que la consecuencia del pago quede modulada por ciertos factores de solidaridad que suavizan el peso del pago que recae sobre el responsable. La Directiva 92/43, de hábitats naturales reconoce, en sus considerandos, que «el principio de que “quien contamina paga” sólo puede aplicarse de forma limitada en el caso especial de la conservación de la naturaleza. Esto lo explica en el siguiente considerando: “se reconoce que la adopción de medidas destinadas a fomentar la conservación de los hábitats naturales prioritarios y de las especies prioritarias de interés comunitario constituye una responsabilidad común de todos los Estados miembros; que ello puede no obstante imponer una carga financiera excesiva a determinados Estados miembros, habida cuenta, por una parte, de la distribución desigual de tales hábitats y especies en la Comunidad y, por otra, de que el principio de que “quien contamina paga” sólo puede aplicarse de forma limitada en el caso especial de la conservación de la naturaleza;, por consiguiente, se acuerda que en este caso excepcional se debería establecer una contribución mediante una cofinanciación comunitaria dentro de los límites de los recursos disponibles con arreglo a las decisiones comunitarias.” Alude a que la conservación de ciertos espacios supone una carga que debe ser soportada por todos los Estados. La conservación es una obligación compartida que precisa de una financiación comunitaria.

⁴¹ Bajo el término tributos ambientales se incluyen distintas formas jurídicas que tienen por finalidad crear un estímulo económico para disuadir ciertas pautas de consumo/destrucción de los recursos naturales. Por un lado, ciertas actividades son productoras de daños contaminantes pero que, por distintas razones económicas, sociales e, incluso, físicas, no pueden ser prohibidas. El objetivo ambiental pasa a ser la creación de un estímulo para que se reduzcan hasta el nivel óptimo, o sea, el nivel en el que se cruzan dos variables de necesidad: la ambiental y la de desarrollo de la actividad. En el seno del mercado, uno de los

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

La responsabilidad por daños ambientales es la institución jurídica más claramente servidora del principio⁴². En su significado más pristino, el responsable de la acción productora del daño, asume todas las consecuencias, entre las que se incluye la obligación de reparación, in natura o, en otro caso, por su equivalente económico/monetario, o sea, la indemnización. A la responsabilidad por el hecho (el daño) se le asocian ciertas obligaciones dirigidas a la reparación; que el recurso natural recupere su estado anterior al daño. Esta responsabilidad tiene dos regímenes, uno civil y otro administrativo⁴³. En el caso

estímulos para eficientes y eficaz es el de los costes. El principio quien contamina paga sirve de fundamento legal a la creación de un coste a soportar por los titulares de las actividades contaminantes para que alcancen el indicado óptimo. Es el caso, por ejemplo, la gestión de los residuos que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia comunitaria en la que se aplica el principio quien contamina paga, en particular, para determinar quién ha de responder por los costes de la gestión. Así, las Sentencias del TJUE de 7 de septiembre de 2004, C-1/03, Van de Walle y otros; de 24 de junio de 2008, C-188/07, Commune de Mesquer y otros; de 16 de julio de 2009, C-254/08, Futura Immobiliare; de 25 de febrero de 2010, C-172/08, Pontina Ambiente y otros.

En cambio, por otro, diferentes actividades consumen de manera directa de ciertos recursos que igualmente se pretende optimizar. Las primeras son actividades contaminantes, en cambio, las segundas, no necesariamente lo son, puesto que su finalidad es consumir el recurso, lo que no necesariamente supone la destrucción del mismo. También, en este caso, el principio juega para crear un estímulo de racionalización del consumo. En relación con estas actividades, la legislación contempla distintos instrumentos de incentivación económica. Es el caso, por ejemplo, del consumo de agua. La Directiva 2000/60, de aguas detalla, en el artículo 9, la regla para la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. La regla general es la de que «los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga.»

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (sala tercera), de 4 de marzo de 2015, Asunto C-534/13, se enfrenta a la cuestión prejudicial suscitada por el Consiglio di Stato italiano en relación con la legislación de responsabilidad ambiental italiana, y su compatibilidad con el Derecho de la Unión, sienta que, aún cuando los principios ambientales de la Unión, en particular, el principio quien contamina paga del artículo 191.2 TFUE, sólo son aplicables a las políticas de la Unión, son de aplicación en relación con las instituciones como la de la responsabilidad, regulada por el Derecho nacional, porque tienen el fundamento en los principios indicados, en particular, el señalado: «habida cuenta de que el artículo 191 TFUE, apartado 2, que contiene el principio de quien contamina paga, se dirige a la acción de la Unión, la referida disposición no puede ser invocada en cuanto tal por los particulares a fin de excluir la aplicación de una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, adoptada en un ámbito comprendido dentro de la política medioambiental cuando no sea aplicable alguna normativa de la Unión adoptada sobre la base del artículo 192 TFUE que cubra específicamente la situación de que se trate (véanse las sentencias ERG y otros, EU: C:2010:126, apartado 46; ERG y otros, EU: C:2010:127, apartado 39, y el auto Buzzi Unicem y otros, EU: C:2010:129, apartado 36).» «Del mismo modo, las autoridades competentes en materia medioambiental no pueden invocar el artículo 191 TFUE, apartado 2, para imponer, sin base jurídica nacional, determinadas medidas preventivas y reparadoras.» «Ha de señalarse, no obstante, que el principio de quien contamina paga puede aplicarse en los asuntos del litigio principal, ya que la Directiva 2004/35 lo aplica. Esta Directiva, adoptada sobre la base del artículo 175 CE, en la actualidad artículo 192 TFUE, tiene por objetivo, según la tercera frase de su considerando 1, garantizar “la realización de los objetivos y principios de la política de medio ambiente de la [Unión] establecida en el Tratado” y fomenta, como establece su considerando 2, el principio con arreglo al cual quien contamina paga.»

⁴³ Este último es él que tiene preferencia, dogmática, jurídica y práctica. Esto obedece a las características que reviste. La legislación que la regula erige claramente la conexión con el principio quien

del Prestige, precisamente por la exclusión que opera la Ley 26/2007, de Navegación Marítima (art. 3.5.a), escapa del régimen administrativo, en tanto que la responsabilidad por los daños derivados de la contaminación por hidrocarburos procedente del transporte marítimo está regulada por los Convenios incluidos en el Anexo IV de la indicada Ley (Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos y Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos). En todo caso, la idea general que se repite es siempre la misma: el principio se basa en el daño, pero inspira una regulación que atribuye de manera total y completa al responsable del daño de todos los costes para que desincentive la repetición de las actividades o los mismos riesgos que han derivado en la producción del daño. Es el principio del daño para incentivar el no daño.

En *tercer* y último lugar, el pago es la consecuencia de la responsabilidad por el daño. En el caso del ambiental, el pago es una consecuencia jurídica que encierra múltiples finalidades. A la tradicional reparadora se le suman otras preventivas y sancionadoras. No se puede olvidar que el daño es una consecuencia indeseable que hay que evitar. El pago deba tener una finalidad preventiva, al mismo tiempo que estimuladora negativamente de la producción del daño; ha de prevenirse y buscarse otra solución menos dañina. Estas finalidades no son incompatibles con otras más circunstanciales como la sanción; el pago también podría tener una finalidad punitiva cuando el daño se considera ilícito; es el caso de la multa. Así pues, el pago puede ser a título de canon, de multa o de indemnización. Ahora bien, estas finalidades solo tienen sentido en un contexto más amplio: el de la justicia, incluso podríamos decir, de justicia distributiva⁴⁴: quien daña o perjudica a otro debe compensarle para que la situación original se restablezca; con esta solución se mantiene, además, la paz social.

contamina paga cuando la Directiva 2004/35 y la Ley 26/2007, de responsabilidad ambiental, disponen que su objeto es «establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de “quien contamina paga”, para la prevención y la reparación de los daños medioambientales» (art. 1). Este fundamento tiene dos derivaciones esenciales, por un lado, la atribución de la responsabilidad, con todas las implicaciones jurídicas y, en particular, en relación con la reparación, al operador que desarrolla las actividades causantes de los daños, singularmente, aquellas calificadas expresamente por la Directiva y, por otro, que tal responsabilidad opere como un potente incentivo para que tales operadores adopten todas las medidas adecuadas para minimizar los riesgos de producir tales daños. Además, la Directiva (y la Ley 26/2007 que la incorpora) regula el cómo se ha de llevar a cabo dicha reparación, preferentemente, la denominada reparación primaria. Esta deberá ser tan completa que el coste será el potente disuasorio que se busca.

⁴⁴ HARDIN (2012).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

El importe del pago está asociado a las finalidades indicadas, pero está condicionado por la valoración del daño. Este aspecto no es fácil de establecer, como unánimemente se ha puesto de manifiesto; condiciona decisivamente el importe, por las finalidades señaladas (reparación, prevención, disuasión y sanción), pero también debería estarlo por los beneficios que ha obtenido el que ha dañado. En el ámbito sancionador ambiental, está perfectamente consolidado, por ejemplo, aunque por una vía que merece nuestra crítica, que el importe de la multa debe ser tal que permita la apropiación de todos los beneficios que el infractor pudiera haber obtenido. Esta regla vale en particular en el supuesto de daños ilícitos; aunque no puede desconocerse que en el caso de los lícitos, la finalidad preventiva que también está presente, se consigue mediante el incremento de la cuantía del pago, de tal modo que resulten más rentables otras soluciones menos dañinas, por lo que también, en cierta medida, incorpora esta finalidad recuperadora de los beneficios, al menos parcialmente. La regla de la recuperación de los beneficios juega en el caso de los daños lícitos, aunque sólo parcialmente.

C. CONCLUSIONES

En definitiva, en relación con el Prestige, varias son las lecciones a aplicar. En *primer* lugar, el principio constitucional «quien contamina paga» es un principio esencial del Derecho ambiental. Tiene como objetivo, en última instancia, la internacionalización de todos los costes asociados a la producción del daño para que su responsable asuma la tarea de la reparación de manera tan completa que sirva de disuasión de cualquiera otra conducta futura que pudiera producir otro daño.

En *segundo* lugar, la responsabilidad por los daños ambientales es una institución que sirve al principio «quien contamina paga». Es irrelevante cual sea el régimen jurídico que la regule. Sea civil o administrativo, nacional, internacional o europeo, la institución ha de servir al objetivo de la reparación íntegra de los recursos y de la Naturaleza dañados por las actividades de aquel que, en virtud del Derecho, asume la responsabilidad.

En *tercer* y último lugar, tal principio exige que el responsable por los daños debe soportar todas las consecuencias asociadas a dicha responsabilidad de modo que el recurso recupere, en su totalidad, el estado que disfrutaba con anterioridad a la producción de los daños. La recuperación se ha de producir bien *in natura* o bien por su equivalente económico, o sea, vía indemnización. La indemnización ha de resultar, precisamente por la exigencia de integridad

asociada o vinculada a la recuperación total, a la correcta valoración de los daños.

Estas exigencias deben estar presentes, como no puede ser de otro modo, en el proceso de depuración de las responsabilidades por los daños derivados de la contaminación producida por el Prestige. Son requerimientos constitucionales, en los términos expuestos para que el responsable asuma todas las consecuencias asociadas al daño. La responsabilidad debe servir a la recuperación total del recurso; a hacer realidad que aquel que contamina, o sea, daña, pague tanto como sea necesario para que el recurso y la Naturaleza recupere su estado anterior al perjuicio, pero también como sea posible para disuadir la repetición de las conductas destructoras.

II

«DAÑOS A PAGAR». EL DAÑO AMBIENTAL: DIFÍCIL CARACTERIZACIÓN, COMPLETA REPARACIÓN

El Prestige provocó importantes daños. El vertido de miles de toneladas de hidrocarburos perjudicó a recursos naturales, propiedades y actividades particulares (pesca, marisqueo, etc.), así como obligó a las Administraciones a afrontar importantes gastos para el rescate, reparación (limpieza), evitación de más daños y la gestión de los residuos correspondientes. Los daños y los perjuicios fueron relevantes; tanto los sufridos en bienes y actividades, como los derivados de destinar recursos económicos para afrontar las consecuencias del vertido.

Ilustración 1. Clasificación de los daños y perjuicios producidos por el Prestige



■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

Desde el punto de vista jurídico, lo más relevante, es el cómo se han de reparar por aquél quien es el responsable de su producción. Sin embargo, la extensión de esta responsabilidad y la consecuente obligación, están condicionadas por la determinación de los daños. En el caso de los ambientales, estos interrogantes se reduplican: qué se entienden por tales y cuáles son los susceptibles de responsabilidad/reparación; en los demás, la concreción y la determinación, así como su acreditación, se pueden llevar a cabo con los medios usuales del Derecho.

Los ambientales encierran unas dificultades extremas; no es una tarea sencilla, máxime cuanto que el objetivo constitucional es el de la reparación íntegra. No deja de ser paradójico que la claridad de éste, la completitud de la reparación, encuentra, sin embargo, dificultades de realización porque (i) hay daños no «reparables» en términos jurídicos, al no haber un cauce jurídico claro para conseguirlo; y (ii) no lo hay porque «no existen» jurídicamente. Lo que existe para la «física», tiene, sin embargo, difícil existencia «jurídica». El resultado es, como digo, paradójico: la reparación íntegra y completa, encuentra dificultades, porque al no «existir» jurídicamente todos los daños, no se habilita un mecanismo institucional que lo haga posible; hay un conflicto entre el objetivo («quien contamina paga») y el medio (el camino institucional usualmente seguido para la restitución). El Prestige sirve para escenificar las dificultades jurídicas que comento. El punto de partida, para afrontar los retos indicados, es ¿qué se entienden por daños ambientales? ¿Cuáles son?

En definitiva, no hay que perder de vista qué es lo que nos interesa: (i) se han producido unos daños, también, ambientales, que (ii) deben ser reparados, conforme al principio general del Derecho «quien contamina paga», para lo que (iii) es imprescindible su valoración/cuantificación, condición (iv) que hace posible la reparación por substitución (indemnización). En el caso de los daños patrimoniales, los problemas son menores, en cambio, mayores cuando se trata de los ambientales y, en particular, los puros, como se analizará. Así pues, el grueso de los problemas jurídicos se sitúa en relación con estos daños.

A. INTRODUCCIÓN

El relato de los hechos del asunto Prestige, así como las peticiones de las principales acusaciones, pone de relieve que una de las cuestiones centrales es la determinación de los daños que son indemnizables, los que hacen surgir la

responsabilidad civil. Son cuestiones jurídicas que están relacionadas, en el plano dogmático, con la clásica división de los daños entre patrimoniales y ambientales, así como, dentro de éstos, entre los «personales» y los «puros». Es una clasificación que estará presente en el análisis de la responsabilidad civil porque esta institución jurídica es resistente a admitir los daños ambientales y, en particular, los «puros». Su naturaleza jurídico civil la vincula indisolublemente con los bienes patrimoniales que son los que tienen un dueño o titular, y pueden ser objeto de reparación, así como, en su caso, de compensación económica. En el caso de los ambientales, la institución entra en tensión. Se trata de una importantísima limitación. En el escrito de acusación de la representación de la Administración General del Estado, la valoración de los daños ambientales causados en España supera más del 56 por 100 del total de la reclamación.

Se da la paradoja de que el grueso de los daños no encuentra en el Derecho un mecanismo adecuado para su exigencia. El mecanismo tradicional, el de la responsabilidad civil extracontractual, es insuficiente. Esta circunstancia ha sido una de las fuentes más importante de conflicto en el asunto Prestige, como en otros similares; ha condicionado tanto el camino elegido para su resolución (la vía penal) como la necesidad de forzarlo para alcanzar la reparación íntegra de todos los daños ambientales; la responsabilidad civil ex delito se convierte o se transforma en el mecanismo para alcanzar la reparación íntegra, lo que no es, desde el punto de vista institucional, sencillo de alcanzar.

¿Por qué los daños ambientales no encajan en el mecanismo de la institución de la responsabilidad civil? ¿Qué características reúne el daño? ¿Por qué hay dificultades para alcanzar el objetivo de la reparación íntegra? Estas son las cuestiones que ahora nos interesa responder. El punto de partida es la definición de los daños ambientales. En el ordenamiento jurídico, encontramos una primera definición. La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que incorpora a nuestro ordenamiento, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental, define los daños como «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» (art. 2.2). Y a continuación, pasa a detallar qué es lo que se entiende por tales daños en relación con los recursos naturales que caen dentro del ámbito objetivo de la Ley, o sea, las especies

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

silvestres y los hábitats⁴⁵, las aguas⁴⁶, la ribera del mar y de las rías⁴⁷, y el suelo⁴⁸.

Aunque, como se analizará, la Ley 26/2007 no es aplicable al caso Prestige⁴⁹, su definición nos va a permitir compararla con la que se contiene en la legislación que sí lo es, en particular, el Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. El Convenio delimita su ámbito objetivo en relación con los «daños ocasionados por contaminación», entendiendo por tales, por un lado, las «pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse» y, por otro, «el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas» (art. 1.6).

⁴⁵ «Los daños a las especies silvestres y a los hábitats, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies» (art. 2.1.a).

⁴⁶ «Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos: 1.º Tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de aguas superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas. ... 2.º En el estado ecológico de las aguas marinas, ...» (art. 2.1.b)

⁴⁷ «Los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla» (art. 2.1.c)

⁴⁸ «Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo» (art. 2.1.d).

⁴⁹ La Ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación los daños ambientales cuando tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias en cuanto a responsabilidad o a indemnización estén establecidas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo IV, entre los que se incluyen el Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, y el Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (art. 3.5.a).

Tabla 1. Comparación entre la definición de la Ley 26/2007 y el Convenio 1992 en relación con los daños cubiertos

<p><i>Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, que incorpora a nuestro ordenamiento, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental (art. 2.2)</i></p>	<p><i>Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (art. 1.6)</i></p>
<p>«el cambio adverso y mensurable de un recurso natural [especies silvestres y los hábitats, aguas (continentales y marinas), ribera del mar y de las rías, y el suelo] o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente».</p>	<p>«pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse» y, por otro, «el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas»</p>

La comparación entre las dos normas, que se podría extender a otras, pero que son las dos centrales en relación con el asunto que nos incumbe, pone de manifiesto unos elementos centrales: el daño es el daño (cambio adverso o pérdida); y es el ambiental el que afecta a ciertos recursos. En el caso de la legislación de responsabilidad ambiental, es clave cuáles son los recursos afectados. No así sucede con el Convenio 1992. En el fondo, a éste no le resulta relevante precisar los objetos afectados, en particular, qué recursos, cuanto considerar que forma parte del ámbito de la responsabilidad cualquier pérdida (perjuicio) o daño causado por el vertido. La extensión viene determinada, al menos inicialmente, por la relación con el vertido. En cambio, la Ley 26/2007 y la Directiva 2004/35 son más ambiciosas, máxime cuando se trata de establecer un régimen de responsabilidad común a todos los Estados de la Unión. En el fondo, estas últimas, siendo normas de responsabilidad ambiental, vienen condicionadas por un prejuicio llamado «daño ambiental», lo que no sucede con el Convenio, cuyo objetivo es el daño a secas; no es un convenio de responsabilidad por daños ambientales, sino de responsabilidad por daños. Esta circunstancia, obvia, tiene un efecto paradójico: mientras que en el caso de la legislación de responsabilidad ambiental está perfectamente delimitado el ámbito de los recursos afectados (es-

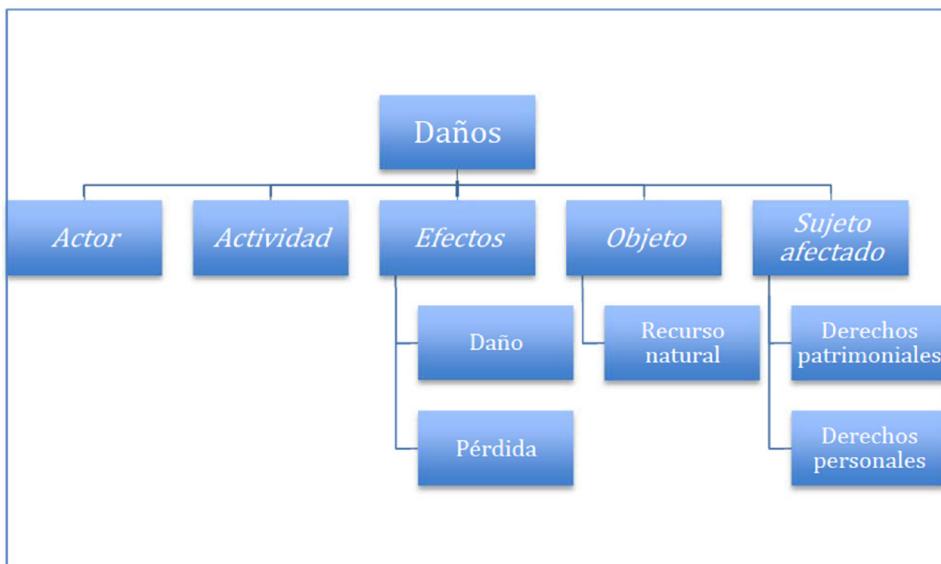
■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

pecies silvestres y los hábitats, las aguas, la ribera del mar y de las rías, y el suelo), en el caso del Convenio, no lo está, al menos, directamente. El Convenio nos ofrece una señal indiciaria. Nos habla de la «pérdidas o daños causados por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos». La «impurificación» supone que algo pierde su «pureza». Se está refiriendo a un objeto que pierde su estado inicial o, al menos, el que tenía en el momento inmediatamente anterior al vertido. Parece referirse a un recurso natural. Ahora bien, no sólo tales recursos pueden perder su «pureza». Se abre las puertas, también, a una interpretación amplia. En cierta medida, al Convenio sólo le preocupa la reparación de los daños, sin mayor adjetivo.

B. DAÑOS: APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

En términos genéricos, sin mayores profundidades, innecesarias, a los efectos pretendidos en este trabajo, cuando hablamos en términos jurídicos de daños, se incluyen, en una primera aproximación, como pone de relieve la legislación anteriormente citada (y otras), unos elementos referidos a los efectos (perjudiciales) y al objeto que los sufre. Sin embargo, sería una visión incompleta si no se añadiesen otros como el actor, responsable, de la actividad productora del daño, así como el sujeto afectado por el mismo.

Ilustración 2. Estructura institucional convencional del daño



En cuanto a los efectos, hay dos dimensiones principales. Por un lado, los cambios adversos y mensurables, los daños en el sentido más prístino; y, por otro, las pérdidas de servicios, utilidades o funcionalidades que tales cambios suponen o implican. En el caso que nos ocupa, encontramos tanto de un tipo, caso de las muertes de aves, por ejemplo, como del otro, así las pérdidas asociadas a los servicios prestados por los recursos (la suspensión de las labores de pesca y de marisqueo).

Mientras que, en relación con los efectos, no hay diferencias significativas porque, en todo caso, los daños lo son, como digo, con el doble significado indicado, el problema se plantea en relación con el «objeto» dañado, el que soporta los efectos directos e inmediatos señalados. La legislación de responsabilidad ambiental es clara en su identificación. Es imprescindible en su arquitectura institucional. No sucede así en el Convenio 1992. En puridad, este no debería suponer ninguna restricción, al menos inicial, en cuanto a los «objetos» susceptibles de formar parte de su ámbito de regulación; lo importante, podríamos decir, es el daño, a secas, sin más. Veremos que, sin embargo, sí que se plantean algunas dificultades que complican la tarea jurídica de la reparación. Unas dificultades asociadas, como digo, a la interpretación de lo que significa la «impurificación» que afecta a unos u otros objetos, incluida, como resulta lógico, la propia de la vida de las personas (salud, bienestar, etc.), igualmente afectada, al menos inicialmente, por los vertidos.

Como decía, hay dos elementos que quedan fuera del «foco» institucional. Por un lado, el actor y la actividad humana productora del daño y, por otra, los sujetos afectados por los daños producidos. En relación con la primera, en el caso que nos ocupa, el actor y la actividad están perfectamente identificados. El propietario del buque, así como el capitán, son los actores principales, responsables, como ha afirmado el Tribunal Supremo, de la actividad de vertido de hidrocarburos.

Unos sujetos afectados y, en particular, la condición en que tal afectación se produce, o sea, qué derechos se han visto perjudicados por el vertido, es el requisito imprescindible para que se desencadene la consecuencia jurídica de la reparación⁵⁰. Es una cuestión fútil cuando se trata de «objetos» con dueño. En cambio, muy relevante cuando tales «objetos» no lo tienen, como sucede con algunos de los recursos naturales y, en general, con la Naturaleza. No po-

⁵⁰ Es tan esencial cuanto que es, en definitiva, el eje central de la construcción jurídica de la teoría del daño. Es de cita obligada, en relación con la dogmática clásica del daño, la definición de LARENZ sobre el daño: «el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio» (LARENZ, Karl, «Derecho de las obligaciones», Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1958, p. 13).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

demos olvidar que el principio general del Derecho al que ya me he referido, el que consagra el artículo 1902 CC («el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), exige tanto una persona dañada como una persona dañadora. El Derecho es una técnica social específica de ordenación de conductas; son personas las que constituyen el ámbito subjetivo de regulación. Son personas las que, en relación con el daño, lo sufren y son otras las que deben repararlo.

En el caso de los daños ambientales, una de las cuestiones jurídicas más relevantes es el cómo se intermedia un sujeto cuando, incluso, «inexiste», al menos directamente, el dañado. ¿Cómo se puede hacer responsable al dañador de la obligación de la reparación cuando no hay dañado? El reto dogmático es de primer nivel en el contexto de la satisfacción de la obligación de la reparación íntegra de los daños ocasionados.

Las soluciones «ordinarias» al caso Prestige condenarían a una reparación parcial, en contradicción con el principio «quien contamina paga», cuando el pago no tiene una fuerza liberadora, sino reparadora de todos los daños producidos. Sería jurídicamente absurdo que una indebida caracterización de los daños y del dañado pudiese servir de excusa liberadora de la obligación constitucional como la indicada. Para alcanzar ese objetivo es imprescindible, en clave dogmática, identificar respecto de todos los daños ambientales que existe, por un lado, la conexión con la subjetividad del «otro» a los efectos de hacer posible el desencadenamiento de la acción dirigida a hacer realidad la obligación de la restitución *in integrum* que los principios constitucionales exigen. Y, por otro, la delimitación del daño mismo, los bienes dañados en relación con los derechos del «otro», afectados por la acción del actor responsable/obligado a la reparación. Una cuestión previa se impone. La necesidad de superar el condicionante ideológico y jurídico que ha atrapado el discurso jurídico dentro de las fronteras del daño civil, el patrimonial.

En nuestro Derecho, la construcción jurídica del daño está fuertemente influída por la dogmática civilista. Está centrada en las *inmisiones* más que en las *emisiones* y, por lo tanto, en el perjuicio que un sujeto puede sufrir en su esfera de derechos. En consecuencia, el daño ambiental hace surgir las consecuencias que prevé el Derecho civil si reúne, fundamentalmente, dos características: el carácter cierto y el personal⁵¹. La primera se refiere a la certidumbre del daño, mientras que la segunda a la existencia de un sujeto, un titular de derechos, que ha sufrido el perjuicio en su esfera jurídica⁵². La certeza está

⁵¹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ (1994: 229), DE MIGUEL (1997: 88), GOMIS (1998: 73).

⁵² Vid. el desarrollo que hace Gomis (1998: 73 y ss.) sobre estas características.

condicionada por esta última que es, a mi juicio, la más relevante, porque se refiere a que un titular de bienes y derechos sufre un quebranto efectivo, en particular, en su patrimonio. Como se analizará, los ambientales puros ponen en crisis las características tradicionales (jurídico-civiles) del daño y las consecuencias que se le asocian. Se produce una contradicción o conflicto entre la dimensión personal de la responsabilidad civil y la colectiva del ambiente. En estos daños no existe un perjuicio personal en sentido jurídico-civil, pero hay una necesaria proyección en la esfera jurídica de los sujetos como consecuencia de la inserción de los seres humanos en la Naturaleza que hace inevitable que también éstos, y, en general, todos, afecten a las personas.

Así pues, la reparación íntegra que el Derecho exige, precisa abarcar todos los daños producidos por una actividad dañosa bajo la responsabilidad, incluso, objetiva de un actor. La comprensión de la totalidad de los daños requiere: (i) identificar que, en todos ellos, existe un sujeto dañado; todos los daños ambientales están humanizados, incluso, en el supuesto más extremo de los infligidos a la Naturaleza en tanto que tal; y (ii) enunciar los caminos jurídicos de la afectación, o sea, de la conexión entre el daño sufrido por el bien y la esfera subjetiva de las personas. Estos caminos son, como podemos adelantar, esencialmente, dos. Por un lado, el de los derechos sobre el bien o recurso afectado, y, por otro, el de los derechos personales que se ven «perjudicados» por el daño sufrido por el bien respecto del cual, el dañado, carece de un título de apropiación o de uso. Ya expondré, más adelante, que aquellos derechos sobre el bien admiten dos variedades fundamentales, los de apropiación y los de uso. En todo caso, el daño que sufre el recurso puede afectar a tales derechos. Lo expuesto pone de relieve que, si la reparación ha de ser íntegra, ha de comprender todos los daños mencionados, subjetivizado por los canales jurídicos expuestos. Por un lado, el afectado, para serlo, no precisa disfrutar de título alguno respecto del bien dañado y, por otro, tampoco es necesario que lo sea de manera directa para que el daño exista y, además, se requiera su reparación. La dogmática de los daños ambientales se enfrenta con dos retos: (i) los denominados daños ambientales «personales» y (ii) los ambientales «puros» o ecológicos. Y se ha de enfrentar con estos retos desde el momento en que ha de superar el constructo ideológico-jurídico de la apropiación como vía de la canalización del daño «físico» a la esfera jurídica de un sujeto a los efectos de que se pueda hablar, en términos jurídicos, de daño. No se puede, ni se debe cerrar los ojos ante la evidencia de que, por ejemplo, la contaminación de una playa no sólo produce unos daños objetivos y unos perjuicios asociados a las pérdidas de utilidades/servicios que tales bienes prestan a los «titulares» demenciales, o sea, el conjunto de los ciudadanos, sino que también tiene una

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

consecuencia no menor en relación con la salud de las personas; no es un «uso» del demanio perjudicado por el vertido, pero sí que tiene unas consecuencias negativas sobre la salud de las personas, así como, en general, su bienestar. En otros términos, ni la apropiación ni el uso son capaces de «monopolizar» todos los «servicios» que los recursos prestan. Además, ¿qué sucede con los daños y las pérdidas sufridas por la Naturaleza?

C. AFECTACIÓN: «HUMANIZACIÓN» DEL DAÑO AMBIENTAL

Los daños son daños, en cuanto cambio adverso y pérdida de utilidad; la clave, en relación con los ambientales, radica en el «objeto» y, sobre todo, en cómo la afectación negativa a dicho «objeto» tiene unas consecuencias sobre las personas, «humanizándolo» definitivamente: hay un continuum indestrucible que va desde la Naturaleza a los seres humanos y de éstos a aquella; el continuum de la vida, pero también, de la responsabilidad/dependencia⁵³.

Como digo, el elemento clave en la caracterización jurídica del daño es la afectación a un sujeto titular de derechos, como consecuencia de los daños sufridos por los bienes ambientales. No es único camino de la humanización, en sentido jurídico, de los daños ambientales. Es humanizado por dos vías, porque, por un lado, es producido por los seres humanos, y, por otro, son éstos los que lo sufren de una manera directa o indirecta. La primera vertiente nos conduce al conflictivo asunto de la determinación de la responsabilidad jurídica. En cambio, el segundo nos lleva a otro problema no menos complejo: la legitimidad jurídica

⁵³ Inicialmente, se puede identificar, en coherencia con lo expuesto, ciertas características jurídicas de los daños ambientales: (i) son impactos negativos que sufre la Naturaleza, los recursos naturales o ambos, como consecuencia, directa o indirecta, de la acción de los seres humanos; que, sin embargo, (ii) tienen, directa o indirectamente, una repercusión subjetiva, porque los seres humanos pertenecen tanto como dependen del ambiente: cualquier daño que sufra la Naturaleza les ha de afectar. Una repercusión que es tanto material, física o energética, como en el plano de las responsabilidades, al menos, morales. (iii) Las consecuencias del daño ambiental no se circunscriben a lo humano; la valoración humana de los daños es imperiosamente parcial, incompleta, ... porque es la que hace una parte de la Naturaleza (por muy importante que sea) respecto de lo que ésta le representa y le sirve. (iv) Es muy difícil distinguir entre el daño y el consumo o utilización de los recursos asociados a la vida misma. Cuando se habla de daño se está incorporando una carga valorativa indudable: se está aludiendo a los usos de los recursos naturales que amenazan su conservación. Es necesario distinguir entre utilización y daño. La utilización irracional del recurso produce un daño, mientras que la utilización racional no puede ser considerada como dañosa. El daño ambiental se produce cuando el recurso es utilizado de manera irracional, lo que pone en peligro su conservación para su disfrute por las generaciones futuras. No se puede olvidar, a este respecto, lo dispuesto en el artículo 45.3 CE. En este precepto, la sanción y la reparación son consecuencias jurídicas provocadas por la acción antijurídica y típica productora del daño; y tal acción supone la violación de la «utilización racional de los recursos naturales»: el daño ambiental productor de consecuencias jurídicas es un supuesto de utilización irracional de los recursos naturales.

para exigirla. Y una y otra están vinculadas a la antijuridicidad del daño. Hay responsabilidad y se puede exigir porque el daño es antijurídico.

1. Personalidad jurídica y responsabilidad objetiva

La responsabilidad ha de recaer sobre la persona productora de los daños. Sin embargo, esta responsabilidad se ve desfigurada por la presencia de factores fundamentalmente jurídicos que dilatan la relación entre el sujeto y el efecto dañoso. Estos factores son, fundamentalmente, dos: la personalidad jurídica y la culpa del sujeto en la producción del daño. En el primer caso, el sujeto productor es una persona física pero insertada en el seno de una organización que es, a su vez, un sujeto ficticio desde el punto de vista jurídico, o sea, una persona jurídica; situación que es la normal en lo que a la producción de los daños ambientales se refiere. En el segundo, la exigencia de culpa y sobre todo, las dificultades de su prueba, se elevan en obstáculos, a veces insalvables, para exigir la responsabilidad y, por consiguiente, para la más acabada protección ambiental⁵⁴.

La evolución de los ordenamientos jurídicos, inspirada por los principios constitucionales que pretenden, en última instancia, alcanzar la más completa protección ambiental, caminan hacia la exigencia de la responsabilidad a la persona jurídica (y no sólo a la persona física) y la responsabilidad objetiva (y no la subjetiva basada en la culpa), como así se pone de relieve en el régimen de responsabilidad ambiental de la Ley 26/2007⁵⁵. El otro reto es el cómo

⁵⁴ Como afirma GOMIS (2000: 8), «la identificación del responsable constituye uno de los principales problemas que plantea la responsabilidad por daños al medio ambiente».

⁵⁵ Libro Blanco de 9 de febrero de 2000 sobre responsabilidad ambiental [COM (2000) 66] sentó las bases de régimen comunitario de responsabilidad. Así proclamó que en el régimen comunitario —se afirma en el citado Libro Blanco—, «serán responsables la persona o personas que ejerzan el control de la actividad incluida en el ámbito de aplicación del régimen que haya ocasionado los daños (el operador). Si la actividad es ejercida por una sociedad dotada de personalidad jurídica, la responsabilidad incumbirá a la persona jurídica y no a la dirección de la sociedad (los responsables) ni a otros empleados que puedan haber participado en la actividad». En cuanto a la exigencia de culpa, en el Libro Blanco se detalla la pertinencia de que esta exigencia se module en atención a las características de la acción productora de los daños. El régimen comunitario es un régimen fundamentalmente de responsabilidad objetiva. Las razones que apoyan esta opción son dos: por un lado, «es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental»; y, por otro lado, «la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma». Por lo tanto, «todos estos argumentos justifican la adopción de un régimen comunitario basado, con norma general, en la responsabilidad objetiva».

Sin embargo, este régimen ha de tener en cuenta las características de la acción, o sea, las características de ciertas actividades que representan un riesgo inherente de causar daños. La calificación previa de las actividades como peligrosas pasa a ser el elemento básico y previo sobre el que reposa el régimen co-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

alcanzar la completa reparación de todos los daños ambientales cuando no pueden reconducirse a los ambientales «personales»; en definitiva, comprender también los puros, según la clásica ordenación. Uno de los caminos es, precisamente, entender que, en estos casos, también hay un «otro» dañado o perjudicado. Los daños sufridos por bienes sin «dueño» también cuentan con un sujeto perjudicado o dañado; también hay un dañado.

Cuando los daños los sufren recursos que no tienen «dueño» (atmósfera, caso del cambio climático o el deterioro de la capa de ozono), y no hay una afectación directa a los bienes y derechos personales (salud, en particular), es posible, además de imprescindible, superar la servidumbre patrimonialista, que dificulta la reparación íntegra de los daños, afirmando, en clave jurídica, lo que constituye un hecho de la física: (i) en estos daños también existe una proyección personal desde el momento en que cualquier ser humano sufre los perjuicios dada su pertenencia y dependencia de la Naturaleza⁵⁶ y (ii) esta

munitario. A tal fin, el Libro Blanco concreta qué es lo que debe entenderse por tales actividades: son las reguladas por la legislación comunitaria que se enumeran en el Libro Blanco. Esta legislación es la siguiente: la que establece límites de emisión o de vertido de sustancias peligrosas al aire o al medio acuático y la que atañe a sustancias y preparados peligrosos; legislación destinada a prevenir y controlar los riesgos de accidentes y contaminación, en particular, la Directiva IPPC y la Directiva revisada de Seveso II; legislación sobre producción, manipulación, tratamiento, recuperación, reciclado, reducción, almacenamiento, transporte, paso de fronteras y eliminación de residuos peligrosos y otros residuos; legislación en materia de biotecnología y sobre transporte de sustancias peligrosas. Por lo tanto, las actividades reguladas por esta legislación son actividades peligrosas *ope legis*; en consecuencia, el responsable de estas actividades responde de los daños producidos al margen de cualquier voluntariedad o intencionalidad en su producción, y con independencia del tipo del daño, tanto si el daño es personal o patrimonial como si se trata de daño ambiental (daño a la biodiversidad o daño derivado de la contaminación de lugares).

Las demás actividades son, a los efectos del régimen comunitario, actividades no peligrosas y quedan al margen del régimen comunitario de responsabilidad con una excepción: si producen daños en la biodiversidad, en particular, en la que es objeto de la protección en cierta legislación comunitaria específica; nos referimos a la Directiva sobre aves silvestres y la Directiva sobre hábitats. En este caso, el criterio para la comunitarización de estas actividades no es tanto las características de las actividades que las hacen peligrosas, o sea, que constituyen riesgos inherentes de causar daños como el daño mismo producido por la actividad. En este ámbito, lo irrelevante es si la actividad es peligrosa o no, sino que la actividad produzca un daño a la biodiversidad protegida por cierta legislación comunitaria. En este caso, la comunitarización se produce, pero de manera limitada ya que se exige la culpa; o sea, la responsabilidad por los daños a la biodiversidad causados por actividades no peligrosas deberá ser una responsabilidad subjetiva o basada en la culpa.

Así pues, el régimen comunitario de la responsabilidad distingue la responsabilidad objetiva por los daños causados por actividades peligrosas y la subjetiva por los daños a la biodiversidad por actividades no peligrosas. Al margen de este régimen queda la responsabilidad por las actividades peligrosas no cubiertas por la legislación comunitaria y la responsabilidad por las actividades no peligrosas que causan daños a la biodiversidad no cubierta por la legislación comunitaria, así como la que causa daños tradicionales y producen la contaminación de ciertos lugares. Estos otros ámbitos deberán quedar cubiertos por la respectiva legislación nacional, que concretará el tipo de responsabilidad en cada caso.

⁵⁶ En los ejemplos citados es manifiesta la conexión: el deterioro de la capa de ozono está produciendo fenómenos como el incremento de la ceguera en ciertos lugares de la Tierra, y el cambio climático está aumentando la frecuencia e intensidad de las catástrofes denominadas, incorrectamente, naturales.

proyección es suficiente, por muy débil que sea, para que el Derecho despliegue, como técnica social específica, la función que, en el caso del Derecho ambiental, es la de regular las actividades humanas con impacto ambiental significativo para proteger el ambiente, así como hacer que tal regulación sea efectiva, mediante los mecanismos adecuados. Estos mecanismos son, por un lado, el reconocimiento de la más generosa legitimación para ejercer las acciones correspondientes de protección, superando los estrecho límites del Derecho civil⁵⁷ (así, por ejemplo, sucede con el régimen de régimen de responsabilidad ambiental⁵⁸) y, por otro, que se arbitren los mecanismos adecuados para que la reparación sea completa, por cuanto el responsable de los daños no se

⁵⁷ En éste no es posible, por su propia naturaleza, ni la ampliación de la legitimación a aquéllos que no se han visto perjudicados en sus bienes y derechos (daños tradicionales) ni la sustitución del perjudicado por la Administración o por alguna organización conservacionista, salvo que el daño estuviera tipificado, como es la regla general, como delito o infracción administrativa. La presencia del interés público hace que estas situaciones escapen del ámbito privado y formen parte del de la exigencia y de la reparación pública. Por esta razón, el régimen de responsabilidad ambiental excluye los daños tradicionales, a los efectos de la ampliación del ámbito de la legitimación para accionar, y queda restringido a los ambientales; o sea, los daños en los que está presente un interés público relevante. En el caso de los demás daños, o sea, los tradicionales, sólo se publican por expresa disposición de la Ley cuando los incorpora a la tipificación de la acción antijurídica merecedora de una sanción penal o administrativa; esta publicación los hace escapar del ámbito privado, de tal modo que no sería posible la mera exigencia de la denominada responsabilidad civil.

⁵⁸ Libro Blanco de 9 de febrero de 2000 sobre responsabilidad ambiental [COM (2000) 66] explica las razones por las que se justificaba ampliar la legitimación para exigir la reparación. Las razones que se exponen en el Libro Blanco se basan en considerar la protección ambiental como interés público: «Habida cuenta de que la protección del medio ambiente constituye un interés público, el Estado (con la sociedad civil) es el responsable primero de la acción que debe llevarse a cabo si el medio ambiente resulta dañado o corre el riesgo de serlo.» Ahora bien, un sistema de responsabilidad basado exclusivamente en el Estado y, sobre todo, en su iniciativa, es rechazado: «... ante lo limitado de los recursos públicos disponibles para ese fin [el de la protección ambiental], cada vez está más extendida la noción de que la ciudadanía en su conjunto debe sentirse responsable del medio ambiente y ha de poder actuar para protegerlo, en determinadas circunstancias».

Estas razones suscitan la duda relativa a cómo integrar la responsabilidad del Estado y la responsabilidad social. El Libro Blanco parte de la distinción entre daños tradicionales y daños ambientales (lugares contaminados y daños a la biodiversidad). En el primer caso, la legitimidad obedece a las reglas tradicionales indicadas; y, en el segundo caso, es donde se plantean los indicados problemas de articulación entre la responsabilidad del Estado y la de la sociedad. El Libro Blanco expone como solución lo que denomina la «responsabilidad a dos niveles» pero el Estado ocupa el primer nivel. «El Estado debe ser responsable en primer lugar» mientras que los «grupos de interés público» tiene una «responsabilidad en segunda instancia» pues sólo estarían habilitados a actuar de forma subsidiaria, es decir «sólo si el Estado no actúa o si su actuación no es adecuada». El Libro Blanco considera, en fin, que estos dos niveles de responsabilidad «debe aplicarse tanto a la revisión de decisiones judiciales y administrativas, como a las denuncias contra el contaminador». Por lo tanto, estas organizaciones o grupos sólo podrían actuar ante los Tribunales una vez hubiesen solicitado ante la Administración las acciones correspondientes para reparar el daño. La única excepción a esta regla que el Libro Blanco admite es la de los casos urgentes: «Se debe conceder a los grupos de interés el derecho de solicitar directamente a los Tribunales en casos urgentes un mandamiento judicial para que el contaminador (potencial) actúe o se abstenga de actuar con objeto de prevenir daños significativos o evitar nuevos daños al medio ambiente. Con este fin, se les debe permitir demandar al presunto contaminador sin necesidad de pasar previamente por las autoridades administrativas.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

puede beneficiar de los defectos de la institución de la responsabilidad para liberarse de la misma en relación con los bienes ambientales sin «dueño». La reparación debe ser íntegra y la responsabilidad ha de servir a dicho objetivo constitucional, no a la inversa.

2. Ilegalidad del perjuicio sufrido por el dañado

El daño ambiental es un daño ilícito o antijurídico. Esta antijuridicidad tiene varios aspectos que es necesario distinguir. En *primer* lugar, la antijuridicidad no tiene relación con su origen; cualquier actividad, legal o ilegal, causante del daño es adecuada para desencadenar las consecuencias jurídicas de la obligación de reparar; no se precisa que sea producido de manera ilícita⁵⁹; también es posible que la actividad se ajuste al Derecho (al igual que es posible la existencia de contravenciones al Derecho no productoras de daños⁶⁰).

En *segundo* lugar, la antijuridicidad sí tiene, en cambio, una relación intensa con la situación jurídica del sujeto afectado por el daño. Se afirma, con carácter general, que el daño es antijurídico desde el momento en que la Ley

⁵⁹ Sin embargo, normalmente forma parte de la estructura del tipo de la infracción administrativa, así como en el del delito, la inclusión del elemento del daño; en consecuencia, la infracción requiere tanto una conducta antijurídica como la producción de un daño. Así, por ejemplo, la legislación de aguas y de costas tipifican infracciones que incluyen ambos elementos. La Ley de Aguas (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) tipifica como infracción administrativa «las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas» [art. 116.3.a)]. Igualmente, la Ley de Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio) tipifica como infracción, «las acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes de dominio público marítimo-terrestre o a su uso» [art. 90.a) LC].

⁶⁰ No toda actividad contraria al ordenamiento jurídico y tipificada como infracción es productora de manera necesaria de daños ambientales. Así, por ejemplo, la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, tipifica como infracción leve la conducta consistente en «las simples irregularidades en la observación de las normas establecidas en esta Ley sin transcendencia directa para la salud humana o el medio ambiente o cuando esta transcendencia fuera de escasa entidad» [art. 34.2.a)]. En la misma Ley 9/2003 se tipifica como infracción grave «el incumplimiento de la obligación de informar a la Administración en los supuestos que se establecen en esta ley» o «la falta de colaboración en la labor de inspección y vigilancia de la Administración competente» [art. 34.3.e) y g)]. En la legislación de aguas está tipificada como infracción «el incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley» [art. 116.2.c) Real Decreto Legislativo 1/2001], así como «el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga» [art. 116.2.g) Real Decreto Legislativo 1/2001]. En la Ley de Costas (Ley 22/1988) encontramos supuestos similares: el incumplimiento de las condiciones de los correspondientes títulos administrativos [art. 90.d)], así como de las prohibiciones establecidas en la ley y la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella [art. 90.i)]; e incluso, en esta última ley se añade como infracción específica «el falseamiento de la información suministrada a la Administración» [art. 90.h) LC]. Así pues, se tratan, como he señalado, de actividades antijurídicas tipificadas como infracción administrativa pero que no son actividades necesariamente productoras de daños. La infracción se produce con independencia de si está o no asociada al daño.

no le ha impuesto a cierto sujeto su sufrimiento, ni éste lo ha aceptado voluntariamente (art. 1089 CC), es decir que ni tiene el deber ni la obligación de soportarlo y, por consiguiente, ningún otro sujeto tiene el poder o el derecho de producirlo. El daño es lícito cuando el que lo produce tiene un poder o un derecho para producirlo y correlativamente, el que lo soporta tiene un deber o una obligación de soportarlo.

La licitud o ilicitud del daño está concernida con la situación jurídica de los sujetos relacionados con él. Estas situaciones pueden agruparse en dos: (i) la situación jurídica del titular del recurso dañado; y (ii) la situación de las personas que padecen en su esfera de derechos los efectos del daño, bien de manera concreta (cuando el daño ambiental afecta a la salud o los bienes concretos de ciertas personas) o bien de manera genérica (cuando el daño ambiental afecta colectivamente de manera genérica a unas personas).

En *primer* lugar, el titular de los recursos naturales no tiene ni el poder ni el derecho para causar daños a sus propios recursos; pero tampoco tiene ni el deber ni la obligación de soportar el daño que otros pudieran infringirles. La propiedad no es un derecho absoluto, sino sometido a las «limitaciones establecidas en las leyes» como proclama el artículo 348 CC; pero lo más importante es que la propiedad está socialmente funcionalizada (art. 33.2 CE). Esta función social supone que la propiedad incorpora tanto facultades como deberes delimitados por la función social, en nuestro caso, la socioambiental «de acuerdo con las leyes» (art. 33.2 CE)⁶¹. La ley, por tanto, lleva a cabo la funcionalización socioambiental de la propiedad por lo que delimita tanto su contenido como el ámbito del daño legalmente posible como consecuencia del ejercicio del derecho. La posibilidad de dañar un recurso natural escapa del ámbito de la autonomía de la voluntad para convertirse en una decisión que la Comunidad adopta y expresa mediante las leyes correspondientes. Los propietarios ejercen, en el ámbito de la ley, su derecho como lo estimen conveniente y el daño resultante no es daño sino utilización del recurso (o sea, es el daño jurídicamente admisible), pero el legislador es el que delimita el ámbito del daño ambiental querido o tolerado.

En *segundo* lugar, el daño ambiental será antijurídico, en el caso del titular de los recursos, cuando no tiene ni el deber ni la obligación de soportarlo. La ley puede imponer este deber cuando son tolerables porque son normales («normal tolerabilidad») o son lícitamente producidos.

En el ámbito civil, se ha establecido como frontera de legalidad de las inmisiones el criterio de la «normal tolerabilidad». Es un criterio definido por

⁶¹ BETANCOR (2014: 705 y ss.).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

la doctrina italiana como «noción-límite»⁶² entre lo tolerable y lo intolerable, con las consecuencias jurídicas correspondientes. Este criterio sirve para evaluar inmisiones, no emisiones⁶³ y, además, en el seno de las relaciones de vecindad, o sea, entre propietarios de fundos próximos o contiguos, según el supuesto más usual. El Derecho privado se centra (a diferencia del Derecho público que lo hace en el control de las emisiones⁶⁴), en los efectos que tiene lo emitido sobre los derechos y, en particular, la propiedad de otro sujeto (inmisión, en el lenguaje civil)⁶⁵. El criterio de la «normal tolerabilidad» es el que marca la frontera que separa a los vecinos respecto de producir y soportar los daños⁶⁶. Estos sólo tienen transcendencia jurídica si inciden sobre la esfera de derechos del vecino por encima de lo que éste debe soportar de manera usual o normal; superado tal límite nos encontramos con un daño que provoca la consecuencia jurídica de la reparación⁶⁷.

En cambio, en el ámbito jurídico-público el criterio no es el de la tolerabilidad de las *inmisiones*, asociadas al hecho que son «normales»⁶⁸, sino el de la legalidad de las *emisiones*. A diferencia del Derecho civil, el Derecho público utiliza, fundamentalmente, el criterio de la emisión, o sea, el de la acción productora del daño. Esta diferencia se conecta, a su vez, con la distinta finalidad normativa de las instituciones jurídicas de una u otra rama del Derecho. Mientras que la de la responsabilidad civil extracontractual es compensatoria o resarcitoria, precisa-

⁶² NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997: 213.

⁶³ NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997: 211.

⁶⁴ Vid. BETANCOR (2014: 1594).

⁶⁵ Sobre el concepto y clasificación de la inmisión, vid. NAVARRO MENDIZÁBAL (1996: 31 y ss.)

⁶⁶ Como escribiera NAVARRO MENDIZÁBAL (1996: 211) «un criterio respetuoso con el ejercicio del derecho del titular en su esfera interna al huir de intromisiones en la manera de disfrutar del mismo a priori. Este cambio tiene importantísimas consecuencias al no proscribir un género de actividades, sino un género de molestias, de tal manera que cualquier actuación sobre la cosa propia puede ser legítima por inusual, excéntrica o incluso dañina que para ella resulte, si no se excede la medida de la normal tolerancia del vecino, no importando desde luego la intención con la que se realiza».

⁶⁷ Así pues, la actitud del sujeto pasivo está entre los perjuicios que ha de tolerar y los que no tiene el deber de hacerlos, por lo que en este último caso ha de ser compensado; la dificultad se plantea respecto de cómo determinar la tolerancia; la Ley alemana de Responsabilidad ambiental de 10 de diciembre de 1990 incluye como causa de exclusión de responsabilidad el hecho de que el daño no sea sustancial o que el perjuicio sea razonable de acuerdo con las condiciones locales (§ 5); por lo tanto, los ciudadanos tienen que tolerar el daño ambiental que reviste estas características; existe un nivel de contaminación que es tolerable y admisible por lo que no cabe exigir responsabilidad por tales daños. En el caso español, sólo la Ley de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, que regula la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, establece en su artículo 3 la tolerancia como supuesto en el que no cabe la exigencia de la responsabilidad civil.

⁶⁸ Desde el punto de vista jurídico-publico, las limitaciones de este criterio civilista son elocuentes, máxime cuando la función del Derecho ambiental es precisamente la prevención de cualquier daño que pudieran sufrir los recursos naturales con independencia, incluso, de la propiedad y de la omnipotencia de las facultades del propietario

mente, del daño producido⁶⁹, la de las instituciones jurídico públicas, en particular, las administrativas, es la de la prevención del daño para lo que se controlan preventivamente las actividades mediante las licencias o autorizaciones; incluso en el caso de las sanciones, tanto penales como administrativas, la prevención no es una finalidad ajena. Y, cuando el daño se ha producido mediando una infracción al Ordenamiento jurídico, la Constitución impone (art. 45.3), la represión o el castigo, además de la reparación. La antijuridicidad es una característica (jurídica) del daño que alude a que es el Derecho el que establece el límite o la frontera que traza el uso racional y sostenible del recurso de aquél otro que no lo es y, por consiguiente, es dañino. Cuando el consumo/uso de los recursos supera la frontera de lo racional/sostenible y se convierte en dañino, también el Derecho anuda ciertas consecuencias como la imposición de un castigo y, en todo caso, la reparación.

La antijuridicidad alude a una vertiente imprescindible del daño ambiental: (i) marca la frontera jurídica de la sostenibilidad y (ii) fija las consecuencias jurídicas de la insostenibilidad. Una de estas consecuencias es el castigo a título de delito o de infracción administrativa, pero, aún más importante, la obligación de la reparación íntegra. Si hay daño, debe haber reparación; tiene que haber una correlación perfecta entre uno y otra. No es admisible la existencia del daño sin la consiguiente reparación completa por aquel que es el responsable. No sería jurídicamente admisible que el responsable no reparase íntegramente los daños que ha producido. Daño y reparación forman dos conjuntos coextensos.

D. DAÑOS AMBIENTALES «PERSONALES» Y «PUROS».

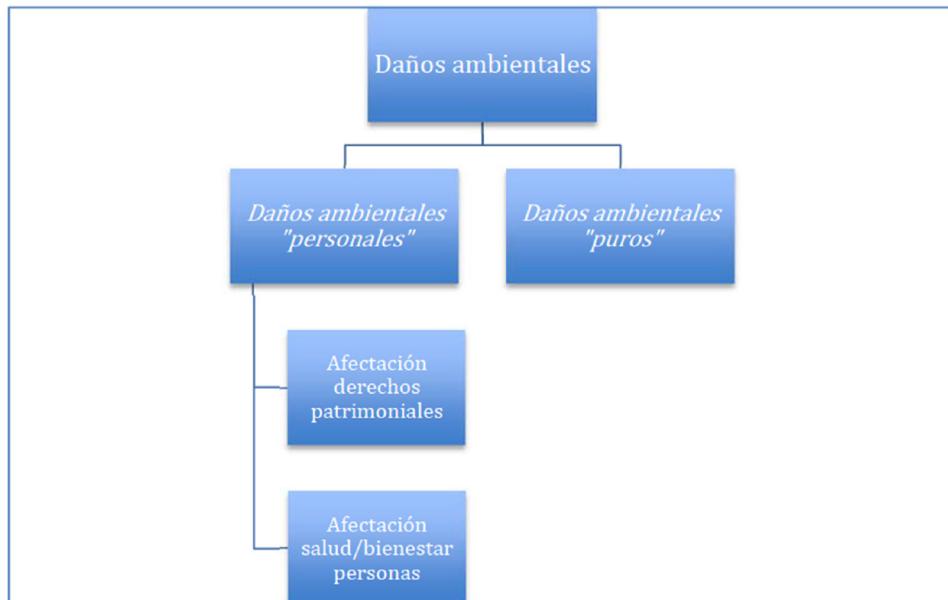
ALTERNATIVA DOGMÁTICA: CRITERIO DE LA APROPIACIÓN Y USO

La clasificación usual o convencional de los daños ambientales es la que distingue entre los ambientales que son «personales» y los daños ecológicos «puros». Aunque de perfiles imprecisos⁷⁰, parece referirse que los primeros son los que afectan a un bien ambiental (la Naturaleza o a un recurso natural o a ambos) y, al mismo tiempo, a la esfera de derechos (patrimoniales o personales) de un sujeto, porque o bien los recursos son de su propiedad (o tiene un derecho sobre ellos que se ve afectado por el daño) o bien el daño ambiental aflige la vida y la integridad física o, más genéricamente, la salud y el bienestar de las personas.

⁶⁹ PANTALEÓN, 1991: 1971.

⁷⁰ Como se pone de relieve en RUDA (2008: 75 y ss.).

Ilustración 3. Clasificación ordinaria de los daños ambientales



En cambio, los ambientales puros son los que sufre la Naturaleza como un todo sistémico, o los recursos naturales que están excluidos del tráfico jurídico privado. En consecuencia, en este caso, no hay un título jurídico de «apropiación» del recurso que permita establecer la «conexión» con la esfera jurídica de una persona, además, determinada.

El Derecho parece requerir una conexión jurídica fruto de un título admitido en Derecho entre el bien ambiental (recurso o Naturaleza) y cierto sujeto que, además, debe ser determinado. Esta conexión debe ser, además, directa. La conexión será mayor (intensidad y formalización) cuanto más «patrimonial» sea el derecho/título del sujeto y menor a medida que la intensidad y formalización se desdibuja. Se produce la paradoja de que cuanto más imprescindible sea para la vida el recurso/Naturaleza, menor intensidad de la conexión. Así, la Naturaleza o los recursos «sin dueño» sostienen una conexión de menor intensidad jurídica cuando, desde el punto de vista de la física, son imprescindibles para la vida. El Derecho opera en sentido contrario a la lógica más básica. Esta circunstancia debemos tenerla en cuenta porque afecta, decisivamente, a la plena realización del objetivo de la reparación íntegra. No es lógico que cuanto más «necesario» sea el recurso/Naturaleza,

menos obligación de reparación porque se «desdibuja» la conexión patrimonialista sobre la que se construye la responsabilidad.

1. Crítica: ni los daños «personales» son ambientales, ni la «pureza» es un criterio de afectación

Los daños ambientales «personales» son los sufridos por los ciudadanos como una consecuencia derivada de los infligidos a los recursos naturales y a la Naturaleza. Mientras que, en relación con los otros daños, es imprescindible un título de apropiación o uso del recurso, en el caso de estos daños, tal título no es necesario. Para los que sufren los daños, el menoscabo o la pérdida que afecta al recurso es accesorio, meramente instrumental. La contaminación daña al medio, pero, sobre todo, son los ciudadanos los que ven comprometida su salud. En el caso de las emisiones, el daño tiene las dos vertientes indicadas. Una afectación negativa al medio entendida por un cambio en su estado natural, o, en términos del Convenio 1992, supone una «impurificación», pero tiene otra derivada, no menos importante: esa impurificación del medio afecta a la salud de las personas, con independencia del título de apropiación o uso del recurso. En esta condición o característica, en sentido estricto, estos no son daños ambientales.

El elemento esencial es la afectación a la esfera de los derechos personales de una persona determinada. Por esta razón, la reparación de estos daños puede tener lugar por la vía de la responsabilidad civil, por su puesta en conexión con los derechos personales de las personas. Encajaría en la lógica de las inmisiones que, como he dicho, es la pieza esencial de la institución jurídico-civil de la institución. Cualquier afectación derivada de la proyección en la esfera de derechos e intereses de un ciudadano como consecuencia de la contaminación, en sentido amplio (lo que supone que las sustancias, los compuestos, y demás, se sirven del recurso como medio para su incidencia) tiene el mecanismo jurídico de la tutela del derecho, así como el de su reparación, el cauce para la *restitutio integrum*. Esta afectación negativa es la que da lugar a la compensación por la vía de la responsabilidad. Aunque, incluso en el supuesto de que se pudiera establecer la afectación a los derechos personales, no se pueden desconocer las dificultades, así como la magnitud, en particular, valorativa de tal afectación, cuando se trata de algunos derechos (el bienestar, la salud, etc.). En todo caso, cuando no es posible establecer esta conexión, la reparación no sería posible, al menos, por los mecanismos convencionales.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

Los *daños ambientales puros* englobarían los que afectan a la Naturaleza como macro-eco-sistema y los ecosistemas naturales como micro-eco-sistema, en tanto que ámbitos en los que los seres humanos obtienen unos beneficios asociados a su disfrute como soporte de la vida, en todas sus dimensiones, y, en particular, a unos usos ajenos al tráfico o aprovechamiento privativo o privado. Suscitan problemas jurídicos y económicos de reparación y compensación. Son los daños que escapan al Derecho y a la Economía; ofrecen soluciones incompletas para alcanzar el objetivo que persigue un principio general del Derecho: todos los daños deben ser reparados/compensados por su responsable («quien contamina paga»).

La mayoría de los sistemas jurídicos niegan la posibilidad de la compensación del daño ambiental «puro» (o ecológico) al no «encajar» en el mecanismo clásico de la responsabilidad civil⁷¹. Es coherente con la «imagen» que se tiene, en estos sistemas, sobre la situación de los seres humanos en la Naturaleza: el ser humano es la medida de su entorno, por lo tanto, (i) sólo lo que a él se conecta por una relación de utilidad se juridifica para la protección (jurídica) de esa utilidad o aprovechamiento; los daños que pudiera sufrir el recurso perjudican el aprovechamiento y, por consiguiente, el derecho que tiene una persona sobre tal aprovechamiento. Y (ii) la Naturaleza es fuente de vida, pero los daños pueden provocar enfermedades, occasionar molestias o contrariedades; la contaminación del agua o del aire se juridifica en tanto que causas de problemas para la salud de las personas. La conexión es fruto, no del aprovechamiento, sino de la amenaza a la salud. En cualquier caso, la juridificación del daño que sufren los recursos naturales no lo es en tanto que tales daños, sino como patrimoniales o personales o ambos; es el patrimonio o la salud de las personas las que juridifican indirectamente la fuente de esos daños, o sea, el daño que sufre el recurso.

Esta perspectiva antropocéntrica no se ajusta a la realidad (material, física o energética) y es inconveniente desde el punto de vista del objetivo de la protección ambiental. La pertenencia y dependencia de los seres humanos a la Naturaleza conduce a rechazar la distinción artificiosa entre daños ambientales personales y ambientales puros. No es posible considerar que sólo ciertos daños tienen una repercusión humana. Si pertenecemos y dependemos de la Naturaleza es lógico que todo lo que le acontezca a ésta, tarde o temprano, repercutirá en nuestra esfera de derechos. Todos los daños ambientales son humanos porque la Naturaleza es el sostén de la vida humana. La relación entre los seres humanos y la Naturaleza se juridifica no tanto a título de dere-

⁷¹ GOMIS, 1998: 64; RUDA, 2007; GARCIA AMEZ, 2015: 93-94; ...

chos como de deberes. Esta perspectiva, desde el deber y la responsabilidad para con la Naturaleza, es, también, la del deber y de la responsabilidad para con las generaciones futuras. El daño ambiental es, desde esta perspectiva, el resultado del incumplimiento del deber y de la responsabilidad por lo que el Derecho reacciona mediante la sanción y la reparación, como establece el artículo 45.3 CE. Es significativo, a este respecto, que el artículo 45.3 CE anuda estas consecuencias a la violación de lo dispuesto en el apartado anterior que es, precisamente, donde la Constitución impone un deber dirigido a todos (no sólo a los poderes públicos) de utilizar racionalmente los recursos naturales (45.2 CE).

Esta visión eco-humanista conduce a identificar la situación de los seres humanos en la Naturaleza como de pertenencia y de dependencia que se traduce en un deber de conservación, de tal modo que los daños sufridos por la Naturaleza suponen un incumplimiento del deber por lo que el Derecho ha de reaccionar. No cabe, en consecuencia, la distinción entre daños ambientales personales y puros porque todos los daños son personales porque afectan no a la esfera de derechos de un sujeto, sino, en última instancia, a la de sus deberes.

El mundo del Derecho comienza a ser sensible a esta perspectiva y nos muestra el camino de la integración de los daños ambientales en una única categoría. Esta superación comienza a estar presente en los textos internacionales⁷² y en el Derecho de la Unión⁷³. En éste se distinguen los «daños al medio ambiente» y los «daños tradicionales». La primera categoría recoge los daños causados a la biodiversidad y los de la contaminación de lugares. En cambio, los tradicionales son los que sufren la salud y los bienes. Y como fruto de esta confluencia, tanto los daños ambientales como los tradicionales, están cubiertos por el mismo sistema de responsabilidad ambiental⁷⁴. El daño cubierto por el régimen

⁷² Como se recoge en los siguientes instrumentos internacionales: Convenio sobre el transporte marítimo de hidrocarburos de 29 de noviembre de 1969, Convenio sobre el transporte de mercancías peligrosas de 10 de octubre de 1989 y el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente de 21 de junio de 1993.

⁷³ El cambio se inició con la presentación por la Comisión el día 9 de febrero de 2000 del denominado Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental [COM (2000) 66 final].

⁷⁴ No obstante, la confluencia, no todos los daños ambientales quedan cubiertos; la pretensión integradora se basa en la delimitación de los daños que supone dos grupos de exclusiones, tanto externas como internas a los daños. En cuanto a la primera, la Comisión afirma en el Libro Blanco que «no todas las formas de daño ambiental pueden remediararse a través de un sistema de responsabilidad. Para que este sea efectivo: 1) tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores); 2) el daño tiene que ser concreto y cuantificable, y 3) se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores». En consecuencia, «la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con actividades de determinados agentes». Este es el caso,

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

men de responsabilidad es el daño identificable (en cuanto a su responsable, a su materialidad y a su condición de efecto de una causa asociada a un responsable) y significativo. El daño así caracterizado integraría, por superación, las dos categorías tradicionales de daños ambientales a las que nos hemos referido. Sólo hay un único daño ambiental; no es necesario establecer la afectación a los derechos subjetivos para que encajen en el Derecho; no es preciso «humanizarlo» para juridificarlo. Todos deben ser objeto de reparación porque todos afectan a los seres humanos, no sólo en su dimensión física, económica y social, sino también jurídica, porque supone el incumplimiento del deber de conservar o, más generalmente, de utilizar racionalmente el recurso.

Los «puros» no encuentran una fácil solución reparadora porque, en una respuesta antropocéntrica, no es posible establecer la afectación a sujeto alguno; no es posible la afectación a un sujeto determinado cuando, en realidad, la hay a todos. Además, en última instancia, el actor productor del daño incurre en el incumplimiento de su deber de conservación o de utilización racional del recurso o, más genéricamente, de su deber de conservar de manera sostenible el recurso para su transmisión a las generaciones futuras. Hay argumentos jurídicos sólidos para soslayar el juicio jurídico tradicional que actuaría como una muralla infranqueable para la completa reparación de todos los daños infligidos a la Naturaleza y a los recursos naturales cuando no es posible «afectarlos» a los derechos patrimoniales/personales sufridos por un sujeto determinado. Se produciría, como he reiterado, el conflicto entre un objetivo constitucional (la reparación *in integrum*) y la dificultad de un medio institucional y jurídico que lo permita (la responsabilidad civil). El medio debe estar al servicio del objetivo, no a la inversa.

El error dogmático de los daños «puros» radica en su misma pureza. Admitir que ciertos daños existen, en términos jurídicos, disociados de los seres humanos, es condenarlos a la inexistencia. El Derecho, en tanto que técnica social, está basado en la misma humanidad de los hechos objeto de regulación. No es posible, cual esquizofrenia, separar el hecho del daño de un sujeto o persona. En el caso de los daños puros, la presencia de los seres humanos no ha desaparecido. Está igualmente presente, pero, de otra manera, al caso de los daños «personales». Aquí no hay ni un derecho patrimonial, como la propiedad, ni ningún derecho personal, como la vida, la integridad física o

como se detalla en el Libro Blanco, de «los efectos sobre el cambio climático producidos por las emisiones de CO₂ y otros contaminantes, la muerte del bosque como consecuencia de la lluvia ácida y la contaminación atmosférica causada por el tráfico.» La delimitación interna se lleva a cabo como consecuencia de la existencia de un umbral mínimo de afectación; esto significa que «sólo deben quedar cubiertos los daños significativos» que sufra la biodiversidad o la «contaminación significativa» que afecte a determinados lugares.

la salud. Está presente, no un individuo, sino todos los individuos, en tanto que se trata de la Naturaleza como totalidad sistémica o como recurso, que es precisa para el sostenimiento de la vida misma de los seres humanos. Aquí, en este caso, el elemento esencial es el que podemos denominar como la «usabilidad» de la Naturaleza/recurso. En algunos casos, esa usabilidad se garantiza mediante un título de apropiación (propiedad/dominio público) o de disfrute (concesión/licencia), o sin título alguno por cuanto es el efecto reflejo, en el ámbito de la esfera jurídica de cada individuo, de la protección que el Derecho le dispensa a la Naturaleza/recurso.

2. **Reconstrucción dogmática: los daños en atención a la «usabilidad» de los bienes ambientales**

El daño ambiental es, como he dicho, un daño humano; siempre humano, porque siempre son los seres humanos lo que lo sufren. Ahora bien, los mecanismos jurídicos, a través de los que ese daño se convierte en humano, varían en función del título jurídico de «apropiación» del bien. Desde esta perspectiva, se pueden distinguir, en líneas generales, tres grandes grupos de bienes: (i) los bienes objeto de apropiación *privada* en virtud de un título de propiedad; (ii) los que son objeto de apropiación *colectiva* en virtud de un título de dominio público; y (iii) los que *no son objeto de apropiación*, ni privada ni colectiva, pero sí de la protección pública. Mientras que en los dos primeros hay una conexión, un título jurídico de conexión, con la esfera jurídica de una persona, en el tercero, no la hay. Sin embargo, la conexión se produce porque la protección jurídica tiene como finalidad garantizar la «usabilidad» del recurso por parte de los ciudadanos. En consecuencia, esta protección tiene como efecto reflejo, una determinada situación de los seres humanos que ha de permitirse el uso/disfrute del recurso correspondiente. En definitiva, en los dos primeros, la conexión es directa mediante el cauce de los títulos jurídicos de apropiación/uso, mientras que, en tercero, es indirecta porque es la protección pública la que hace posible la puesta en disposición del recurso a los ciudadanos para su uso/disfrute.

En el primer grupo entraría el suelo, mientras que, en el segundo, el agua, el mar y la costa. En cambio, en el tercero, estaría incluido el aire, la atmósfera; también habría que incluir a los recursos bióticos tales como los seres vivos no clasificados como susceptibles de apropiación mediante la caza o la extracción. En otro plano se movería la Naturaleza en su conjunto o, en su vertiente más micro, los ecosistemas.

Es una clasificación que obedece a un criterio jurídico. Permite ilustrar la preeminencia de un criterio (apropiación y uso) pero también que ciertos «recurso

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

sos» no cumplen con tal criterio, lo que no es óbice para que sean objeto de protección pública, tal como la atmósfera o los recursos bióticos no apropiables. En este caso, como digo, la conexión es indirecta porque la «inserción» en la esfera jurídica de los ciudadanos es por la vía «refleja» de la protección pública; ésta tiene como finalidad, garantizar la usabilidad; los recursos son objeto de protección precisamente para el uso/disfrute por parte de todos los ciudadanos.

A su vez, la Naturaleza «escapa» del Derecho como conjunto o, incluso, ecosistema⁷⁵. Ese «objeto»-«no objeto» que es, en su misma totalidad, sostén de la vida, no se concreta en nada específico, siendo que lo es todo; huye de los límites institucionales del Derecho según el modelo de la apropiación patrimonialista: ¿cómo entender jurídicamente aquello que no se puede apropiar, pero que, sin embargo, lo «apropiamos» para hacer viable la vida? Es la paradoja de lo, digamos, inespecífico, pero esencial para la vida.

La perspectiva *jurídica* nos muestra que (i) unos bienes-recursos naturales están completamente interiorizados en el mundo del Derecho por la vía de la apropiación (privada o pública) o por la de la protección (pública) y su efecto reflejo en la esfera jurídica de las personas, y (ii) otros, el conjunto de los recursos (bióticos y abióticos) entendido como Naturaleza, en su versión macro o, incluso, más modestamente, como ecosistema, escapa del Derecho; no cabe su apropiación bajo ningún título jurídico, ni el de la soberanía, y, aún menos, bajo el de la propiedad. Su protección sólo es posible a través de las partes que lo componen, los recursos. Así se explican los intentos de juridificarla por la vía de la institución del patrimonio común⁷⁶. Es la muestra de la falta de encaje.

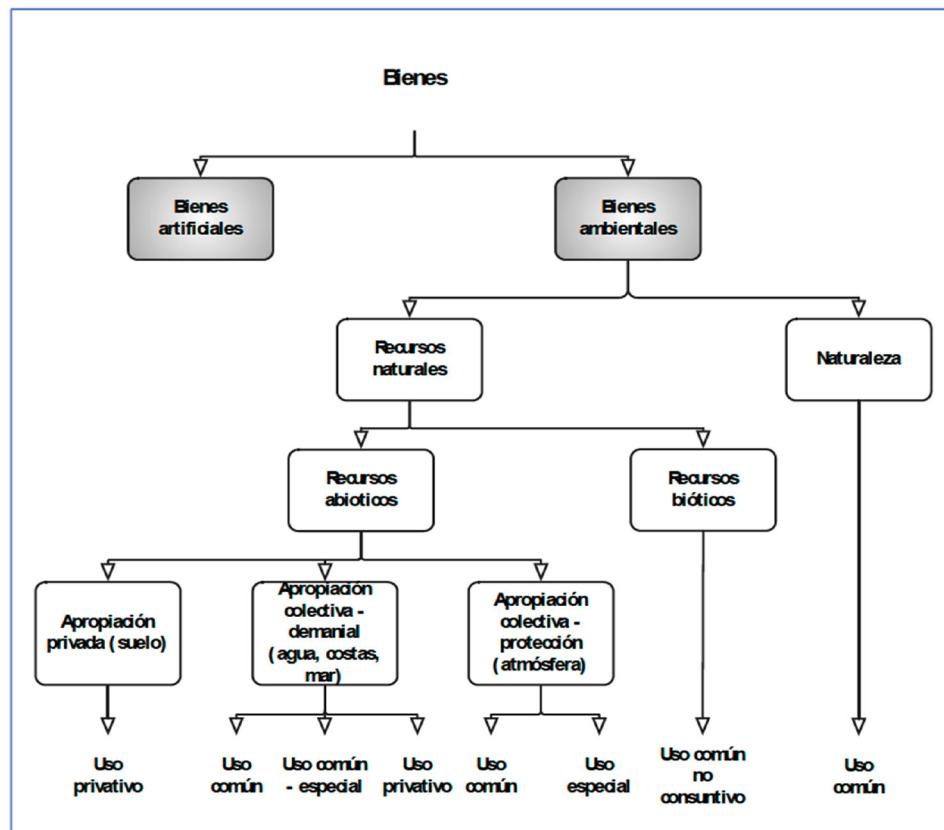
La Ilustración 4 ofrece la representación gráfica de clasificación de los bienes y la interrelación entre los tipos de bienes y su uso. También muestra las

⁷⁵ Se ha intentado, como así lo he pretendido, insertar también a la Naturaleza en el mundo del Derecho mediante su consideración como Patrimonio Común de la Humanidad, o simplemente considerándola como patrimonio (Vid. BETANCOR, 2014: 686 y ss.). Este planteamiento tiene su reflejo normativo, tanto en el ámbito de Derecho internacional, como interno. Así, la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Esta define, en el artículo 2, el patrimonio natural como «conjunto de bienes y recursos de la naturaleza fuente de diversidad biológica y geológica, que tienen un valor relevante medioambiental, paisajístico, científico o cultural». A su vez, se distingue de los recursos naturales definidos como «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial, tales como: el paisaje natural, las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegética y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables»

⁷⁶ Es el eje central de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

dificultades de la realización del principio general del Derecho de la reparación de los daños por su responsable. La clasificación *fuente* es la que distingue entre bienes *artificiales* y *naturales*. Los primeros vendrían a ser todos los que no son naturales y, por consiguiente, son obra del ser humano; son los que resultan de su trabajo y de su creatividad. En cambio, los bienes *naturales* son los que, para existir, no precisan de la imaginación y el trabajo de los seres humanos. Estos bienes naturales se clasifican en dos grandes grupos convencionalmente admitidos. Por un lado, los *recursos naturales* y, por otro, la *Naturaleza* entendida como ecosistema, o como conjunto de recursos que interactúan para hacer posible la vida de los seres humanos. La Naturaleza es objeto de disfrute, cuando en realidad, nuestra relación es de dependencia. Sin la Naturaleza los seres humanos no podrían vivir. No hay apropiación posible, solo uso que, lamentablemente, podría ser destructivo.

Ilustración 4. Clasificación de los bienes y de sus usos



■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

A su vez, los recursos naturales se pueden clasificar, siguiendo la ordenación clásica de la biología, en *abióticos* y *bióticos*. Estos últimos serían los vivos: los animales y los vegetales. A su vez, los abióticos se pueden clasificar, siguiendo el criterio jurídico de su apropiabilidad, en los que pueden serlo y los que no. Unos recursos, como el suelo, son apropiables por lo que cabe el uso privativo. En cambio, otros, por expresa disposición constitucional y legal, han sido excluidos de la apropiación privada porque han sido calificados como demaniales. La consecuencia de esta calificación es que sólo puede haber una apropiación colectiva que, en su caso, podría permitir la utilización privada, nunca a título de propietario ni de manera indefinida y bajo las condiciones que el Derecho y, en su caso, la Administración, establecen. El tercer grupo de recursos son aquellos que no pueden ser objeto de apropiación, ni privada ni pública, pero que son objeto de protección mediante la regulación de su uso para preservar sus cualidades naturales. Es el caso de la atmósfera.

Los recursos naturales pueden ser objeto de uso privativo, en el caso de aquellos que son apropiables. En cambio, los que lo son colectivamente, pueden ser objeto de un uso común (general), otro común pero especial y, por último, un uso privativo. No es un uso que supone, como he dicho, ninguna apropiación por cuando no se puede constituir este título sobre los bienes demaniales. Quiere decir que el titular público del recurso puede habilitar un título que permite un uso privativo durante un tiempo determinado y bajo las condiciones que establezca para garantizar su conservación. Esta sería la finalidad del título concesional. Por último, la atmósfera no es un bien apropiable, pero en cambio está sujeto a un régimen de protección para preservar sus cualidades que hace posible un uso común. Así sucede cuando el Estado regula ciertas, como las emisiones atmosféricas contaminantes, para proteger el recurso y la salud de las personas.

Los recursos *bióticos*, los seres vivos, animales y vegetales, disfrutan de un estatuto jurídico complejo. En unos casos, son enteramente apropiables y se puede constituir un título de propiedad. En cambio, sobre otros, no cabe, pero si la sujeción a un régimen jurídico que se hace equivalente al demanial. Es el caso de los animales y vegetales protegidos. Esta protección los excluye de cualquier tráfico. Vendrían a ser una especie de bienes apropiables, pero colectivamente. Una situación equivalente o próxima a los bienes demaniales, aunque no pueden confundirse. Estos recursos bióticos podrían ser objeto de uso común compatible con su conservación como por ejemplo la observación, la investigación...

En relación con los daños, entendidos como menoscabo y pérdida de utilidad/servicio/aprovechamiento, teniendo en cuenta que deben incluir la

doble perspectiva indicada (afectación a un objeto y a un sujeto titular de unos derechos), no cabe duda de que tanto los recursos bióticos como abióticos, así como la Naturaleza, sufren las consecuencias perjudiciales de las actividades «dañosas» de un sujeto responsable. El problema jurídico se plantea en relación con la «conexión» entre el daño, digamos, «objetivo» y el «subjetivo», sufrido por unos sujetos, los dañados, a los efectos de que pase a ser un daño jurídico. En el caso de los recursos indicados, la conexión es la afectación directa a los derechos de apropiación y de uso de los bienes. Se podrían objetivar, en unos términos equivalentes a los que hacen posible la responsabilidad civil. Se trataría de determinar cuál es la magnitud, la relevancia y la naturaleza de los daños y pérdidas sufridas por el titular del bien/recurso perjudicado.

Desde el momento en que el bien tiene «dueño» se puede determinar quién es el perjudicado y qué servicios se ven menoscabados por el daño. Ahora bien, cuanto más se vaya «desmaterializando» el título, como sucede, en relación con los denominados recursos bióticos, es más compleja tanto la determinación del perjudicado, como la importancia del daño, su naturaleza y, en particular, su cuantificación. La complejidad no quiere decir imposibilidad. Si los ciudadanos podemos «usar» ciertos recursos sobre los que no hay título jurídico de apropiación (privada o pública), es porque son objeto de protección jurídica, que es «actualizada» u operada por la Administración. Esta protección tiene un efecto reflejo en la esfera jurídica del ciudadano. Tengo derecho a «usar» en tanto que tengo derecho a exigir a la Administración la protección del recurso. Mi derecho al uso es el derecho público subjetivo a exigir a la Administración, la protección del recurso correspondiente. La conexión, incluso, jurídica, se produce por la intermediación de la Administración que a la que el Derecho encomienda la tutela del recurso. No hay apropiación, pero sí tutela. En obediencia a estas características, hablamos, incluso de «Patrimonio Natural». Este razonamiento vale, también, para la Naturaleza como todo sistémico. No hay apropiación, pero sí hay uso, que está garantizado por la Administración. La intermediación de éste tiene la virtualidad de servir de cauce colectivo de la protección de un bien «colectivo» objeto de uso igualmente colectivo. Esta colectividad en nada «ennegrece» el cauce jurídico sobre el que se construye el derecho al uso del recurso/Naturaleza suficiente para canalizar la exigencia de la reparación del daño que perjudica al recurso y, por consiguiente, al derecho correspondiente.

La construcción dogmática expuesta es la que permitiría salvar el reto jurídico de que mientras que los usos constituyen derechos de los ciudadanos,

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

el daño que supone una pérdida no es susceptible de indemnización. Si todos tenemos derecho a usar/consumir ciertos recursos naturales demanializados como la costa y el agua, siempre y cuando no reúna la intensidad suficiente que impida el uso/disfrute por otro, si la contaminación nos priva de tal derecho, esta privación también debe ser objeto de reparación/compensación. En los demás casos, de los recursos/Naturaleza sin «dueño», la intermediación de la Administración, en tanto que sujeto tutelante de los recursos/naturaleza sin título de apropiación (individual/colectiva), es la que ha de permitir que el derecho al uso/derecho a la protección sea el puente tanto para el uso como para la reparación cuando aquél se ve alterado (menoscabo/perjuicio). En definitiva, existen cauces jurídicos de conexión entre la esfera de derechos de una persona y los bienes ambientales a los efectos de que los daños sufridos por éstos se proyecten sobre aquella a los efectos de exigir y obtener la compensación/reparación que satisfagan el principio constitucional de la *restitutio integrum*. Estos interrogantes dogmáticos se ponen de relieve en el caso del Prestige.

E. VALORACIÓN, EL CORRELATO ECONÓMICO: VALORES DE USO Y DE NO USO

La clasificación de los bienes/daños ambientales, en los términos expuestos, tiene una importante consecuencia en relación con la reparación. La integridad de ésta, como consecuencia de la obligación constitucional asociada al principio «quien contamina paga», encuentra una dificultad práctica: ¿cómo se han de valorar los daños a los efectos de la reparación y, en particular, su compensación económica? Estas dificultades se especifican en relación con los usos comunes, tanto de los recursos naturales (abióticos y bióticos) como de la Naturaleza misma. Estos usos no son fácilmente convertibles en una magnitud monetaria. Se han utilizado distintos métodos de valoración que concluyen con la fijación de una cifra que no es capaz de suscitar el consenso. El riesgo de arbitrariedad o decisionismo acucia a este proceder. Es imprescindible establecer una valoración, pero que, al mismo tiempo, sea lo suficientemente razonable para que no sea tachada de arbitraria. La prudencia es imprescindible. No es admisible que el uso colectivamente más importante sea, precisamente, el que carece de ella.

La perspectiva *económica* es esencial porque es la que ha de permitir que los daños se conviertan en magnitudes, incluso, monetarias para hacer posible su reparación. Sin embargo, su convivencia no es pacífica con la *jurídica*. Los bienes y daños, ambientales, que el Derecho «admite», en cam-

bio, la Economía, no; y no los admite porque no son valorables. Las perspectivas jurídica y económica responden a discernimientos distintos. La primera diferencia, y relevante, es la relativa al criterio que constituye el eje vertebrador de una y otra. Mientras que la del Derecho está centrada, como he expuesto, en el título jurídico de apropiación, la económica es el de la utilidad, base de su valoración. Sin embargo, llegan a un punto similar porque, al final, la valoración está en función de la incorporación de los bienes al tráfico económico. En unos casos, los bienes tienen una valoración económica que fluye del mercado. En otros, no hay tal tráfico por lo que la valoración resulta difícil. El punto de partida es distinto (apropiación *v.* valoración) pero el de llegada es coincidente: el tráfico jurídico y económico distingue a ciertos bienes de otros. Los que forman parte del tráfico, son los patrimoniales. En cambio, los que están ajenos son los ambientales, en particular, los que se clasifican como puros.

El punto de partida de la valoración económica es la denominada «ecuación» de Freeman⁷⁷ según la cual el *valor económico total* es la suma de los *valores de uso* y de los de *no uso*. Mientras que el *valor de uso* está asociado a la apropiación puesto que sólo se puede usar aquello que se puede apropiar bien individual o colectivamente. En cambio, el *valor de no uso* no precisa de la apropiación cuanto del disfrute. Aquí se sitúa la Naturaleza como conjunto ecosistémico.

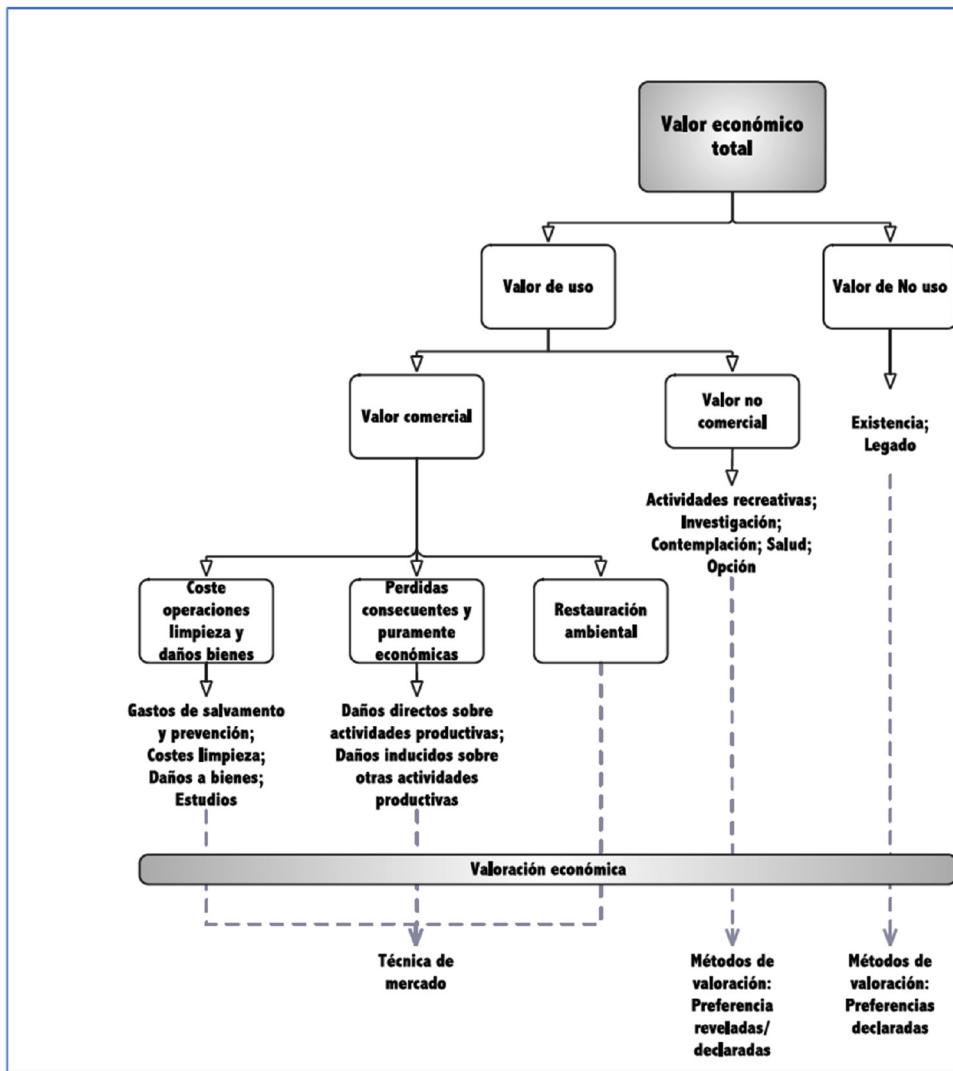
Es significativo que a la Naturaleza se la considere, en términos económicos, como un *objeto de no-uso* que tiene el *valor del no-uso* cuando es la pieza básica y esencial de la vida humana, o sea, de los bienes y valores de uso. Es la muestra de la insuficiencia de la perspectiva económica. En realidad, sufre de los mismos problemas que la jurídica: la esencialidad de la apropiación. El uso es individual y apropiable, o sea, aquél que puede ser objeto de patrimonialización y, por consiguiente, monetarizable. La Naturaleza no tendrá un *valor de uso* porque no tiene valor. Es la fuente del valor mismo; de la apropiabilidad de los recursos en tanto que su cuna. Es la que incluso hace posible que los recursos tengan valor. La atmósfera, por ejemplo, solo tiene «valor» en relación con los otros recursos y, en última instancia, por su «uso» por los seres humanos. En definitiva, los recursos sólo tienen valor en el seno del conjunto llamado Naturaleza. En esta se produce la interacción que hace posible la vida y, en última instancia, la de los seres humanos.

⁷⁷ FREEMAN, 2003.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

La Ilustración que acompaña a estas líneas nos muestra esquematizado los elementos que integran el denominado valor económico total del medio ambiente.

Ilustración 5. Valor económico total⁷⁸



⁷⁸ Basado en CHAS & NOGUEIRA, 2007: 135.

El *valor de uso* de los recursos naturales se clasifica en *comercial* y *no comercial*. El primero es el fruto del mercado, el segundo, del disfrute por la colectividad. En este último caso, una suerte de apropiación colectiva hace posible su disfrute colectivo. No es una clasificación extraña al mundo jurídico. Así, por ejemplo, la clasificación que la Ley de Aguas⁷⁹ hace de los usos de los recursos hídricos.

El artículo 50 de la Ley de Aguas identifica como «usos comunes» de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, los que pueden aplicar cualquier ciudadano «sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las leyes y reglamentos», tales como «beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado.» Estos serían *usos no comerciales*, según la terminología económica. La propia Ley identifica en el artículo 51 otros «usos comunes especiales», sujetos a declaración responsable tales como la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos y «cualquier otro uso, no incluido en el artículo anterior, que no excluya la utilización del recurso por terceros.» Estos serían, siguiendo con la terminología económica, *valores de uso* que, en algunos casos, también serían *comerciales*, caso de las barcas de paseo.

Sea un uso común o común pero especial, es un uso regulado por el Derecho en tanto que supone la utilización del recurso que, a su vez, ha sido calificado por la Ley de Aguas como bien de dominio público. Hay una apropiación colectiva que administra, a su vez, los títulos jurídicos que hacen posible el uso privativo del recurso. En unos casos, no se necesita ningún título (caso de los usos comunes) y en otros se requiere un título concesional cuando la intensidad del aprovechamiento es máxima (el art. 52 de la Ley dispone que «el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa»), así como un título intermedio en el caso del uso común pero especial (la denominada declaración responsable).

El artículo 31 de la Ley de Costas⁸⁰ contiene un régimen similar: «la utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los *usos comunes* y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes

⁷⁹ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

⁸⁰ Ley 22/1988, de 28 de julio.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley.» En cambio, «los usos que tengan especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad y los que requieran la ejecución de obras e instalaciones sólo podrán ampararse en la existencia de reserva, adscripción, autorización y concesión, con sujeción a lo previsto en esta Ley, en otras especiales, en su caso, y en las normas generales o específicas correspondientes, sin que pueda invocarse derecho alguno en virtud de usucapión, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.»

Un recurso, en el contexto de la apropiación colectiva por virtud de su demanialización, puede ser objeto de distintos usos, tanto comunes como privativos. Los primeros no tienen valor comercial, los segundo sí. La perspectiva jurídica y la económica entran en relación y muestran sus insuficiencias. Los *usos comunes* que son, precisamente, los que justifican la apropiación colectiva y la conservación, no son objeto de valoración económica y, por consiguiente, de indemnización o compensación. Los *usos comunes* como «pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas» tendrán un valor de uso, pero no comercial. Pescar y coger marisco sí podría tener esta finalidad comercial. Sin embargo, no es el uso común al que se refiere la Ley. Es el uso que cualquier ciudadano puede llevar a cabo y que no tiene una finalidad comercial. Si la tuviera estaría sometido a regulación. La pesca y la recogida de marisco con fines comerciales no son la pesca y la recogida de marisco a la que se refiere la Ley como uso común.

En el caso de los bienes/usos con valor comercial, será el que resulte del tráfico jurídico. El problema se plantea en relación con la valoración cuando no hay tal valor comercial y, además, se suma el valor de no-uso. Cuando los bienes y los usos están excluidos del mercado, no hay la posibilidad de que esta institución pueda ofrecer una valoración, más o menos objetiva, pero, en todo caso, imperfecta. Sin embargo, hay una valoración que puede servir de base para el cálculo de los daños y perjuicios que habría de permitir, en última instancia, la fijación del importe de la indemnización. En cambio, en los otros casos, la indemnización sólo se puede fijar utilizando métodos indirectos, incompletos, imperfectos e, incluso, arbitrarios, en todo caso, insuficientes. Ahora bien, al menos, nos ofrece un indicio sobre el que construir el importe de la compensación económica, esencial, como ya se ha expuesto, para hacer realidad el desiderátum constitucional.

F. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, podemos formular los siguientes juicios conclusivos. En *primer* lugar, el Derecho y la Economía clasifican los bienes según distintas perspectivas. El primero utiliza el criterio de la *a apropiación* lo que le permite distinguir entre bienes patrimoniales y ambientales. En cambio, la economía maneja el criterio de la utilidad/*valor* de uso o de no uso lo que admite distinguir entre los bienes con valor de uso y los que no lo tienen.

En *segundo* lugar, la inserción de los *bienes ambientales* en este esquema plantea problemas porque pueden tener tanto valor de uso como no tenerlo. Resulta imprescindible distinguir entre los recursos naturales y la Naturaleza.

En *tercer* lugar, los *bienes ambientales* entendidos como *recursos naturales* tienen, desde la perspectiva jurídica, dos encajes como objetos de apropiación privada, o colectiva como bienes de dominio público.

En *cuarto* lugar, la valoración económica de los *bienes ambientales-recursos naturales* plantea problemas si no tienen valor comercial. Así acontece con los recursos objeto de apropiación colectiva o demanialización que los ciudadanos pueden disfrutar libremente. Los usos comunes no tienen valor comercial por lo que su compensación económica es dudosa, en los términos que se desarrollarán más adelante.

En *quinto* lugar, los *bienes ambientales-Naturaleza* no sólo escapan del Derecho sino también de la Economía por lo que su importancia para la vida humana tiene, paradójicamente, una falta de respuesta para uno y otro. Las técnicas sociales que son el Derecho y la Economía no son capaces de ofrecer una respuesta adecuada aún cuando la Naturaleza es la base o sostén de la vida humana.

En *sexto*, la respuesta compensatoria a los *daños* que sufren los bienes ambientales-recursos naturales de uso común y la Naturaleza tiene problemas jurídicos y económicos. Si, según el principio jurídico general, todos los daños han de ser reparados por su responsable, los que afectan al uso común y a la Naturaleza tienen notables problemas de reparación conforme al indicado principio. Y estos problemas, paradójicamente, están asociados a la valoración económica. El Derecho no es capaz de ofrecer una adecuada respuesta reparadora porque la Economía no lo ha sido para brindar una respuesta valorativa. Y ésta podrá defenderse alegando que el Derecho ha excluido la posibilidad del tráfico jurídico. El resultado es la dificultad de reparar compensatoriamente los daños sufridos por los bienes ambientales afectos al uso común o por la Naturaleza.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

En *séptimo* lugar, también han de ser objeto de compensación los daños derivados de la afectación de los bienes ambientales como consecuencia de la incidencia negativa que tales daños han tenido sobre la esfera jurídica de derechos de una persona. En este caso, la conexión no se produce por la vía de ningún derecho de apropiación/uso del recurso, sino por la afectación negativa que ha tenido el daño en los derechos subjetivos de una persona, tales como los derechos a la salud, la integridad física y, en general, el bienestar.

En *octavo* lugar, la exigencia constitucional de la reparación íntegra, obra del principio «quien contamina paga», se ha de enfrentar al problema práctico relativo a cómo se valoran los daños para fijar el monto de la indemnización. En el caso de los bienes y usos con valor comercial, será el mercado el que servirá como mecanismo para deducir una cuantificación que, siendo imperfecta, al menos tiene ciertos elementos de objetividad. En cambio, los bienes y los usos sin valor comercial, se habrá de utilizar técnicas indirectas como la disposición a pagar. El resultado, en estos casos, no tendrá el grado de objetividad del que se deriva del mercado, pero, con sus imperfecciones, ofrece una aproximación razonable.

En *noveno* y último lugar, el objetivo constitucional (reparación íntegra) tiene un difícil, pero no imposible, encaje con los medios que el Derecho ofrece para su realización. Estos obstáculos son cuatro: (i) los bienes ambientales reparables (desde los recursos naturales a la Naturaleza); (ii) los títulos de apropiación y uso que conectan los bienes con la esfera jurídica del dañado de manera que los daños «físicos» se convierten en «subjetivos» y, por consiguiente, en jurídicos; (iii) los derechos que pueden verse perjudicados por los daños que los bienes han sufrido: desde los derechos patrimoniales hasta los personales, tales como la salud, la integridad física, y, en general, el bienestar. Y (iv) los problemas de valoración de los daños a los efectos del cálculo de la indemnización. Son obstáculos, pero no insalvables. La plena realización del objetivo constitucional tiene la fuerza suficiente para su superación.

En el caso del Prestige, la magnitud e importancia de los vertidos produjeron, como ha sido expuesto, unos importantes daños tanto a bienes patrimoniales como a ambientales. Y dentro de éstos, a bienes-recursos naturales y a la Naturaleza en su conjunto. En cuanto a aquellos, los bienes-recursos afectados son tanto objeto de apropiación (como la costa y el mar), por la vía de la demanialización, como aquellos que escapan, como serían los recursos bióticos (aves y peces, pero también flora), que se benefician de un régimen cualificado de protección. Si el objetivo, también jurídico, es el de la reparación íntegra, deberá satisfacerse el interrogante sobre el alcance de la integración para comprender todos los bienes/recursos afectados, incluida la Natura-

leza, como conjunto. La conversión cuantitativa es dificultosa, pero no imposible. No es fácil la comprensión de todos los daños dentro de las limitadas fronteras de la institución de la responsabilidad civil *ex delicto*, pero se ha de intentar para dar buena cuenta del principio general del Derecho «quien contamina paga», pero, sobre todo, de la justicia, de la reparación *ad integrum* por aquél que es responsable de los daños, de todos los daños. Si así no fuese, sería la sociedad la que debería soportar las consecuencias, lo que sería, doblemente injusto, por haberlos sufrido y por tener que soportar la insuficiente reparación.

III

RESPONSABILIDADES EN EL CASO PRESTIGE. LA APRECIACIÓN DE LA PENAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSIGUIENTE RESPONSABILIDAD CIVIL

Todo daño debe ser resarcido por el responsable de su producción. Los producidos por el Prestige fueron muy importantes. El principal problema jurídico ha sido y es el relativo al de la reparación por su responsable. La vía seguida para depurar, en España, la responsabilidad por los daños ha sido la penal. En este caso, nos encontramos ante la responsabilidad civil por los daños derivados de una conducta tipificada como delito. Sin embargo, para que tal responsabilidad se pueda apreciar, se requiere que el delito sea reconocido. En el caso del Prestige, los Tribunales han oscilado entre la inicial negativa hasta la definitiva, de reconocimiento. Al final, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2016, núm. 865/2015 (ponente: Magistrada Ana Ferrer García), resolvió la cuestión: hay delito y el responsable lo es, también, de los daños por lo que deberá compensarlos. Se revoca, por lo tanto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de noviembre de 2013 que sostenía lo contrario⁸¹.

⁸¹ La Audiencia llega a la conclusión de la ausencia de responsabilidad por los daños porque no hay responsables del delito. El punto de partida es la determinación de la causa del hundimiento. Y, a continuación, sobre la responsabilidad de los acusados en relación con los delitos ambientales. Ni es posible, afirma la Audiencia, determinar cuál fue la causa del accidente y posterior hundimiento del Prestige, ni es posible apreciar la responsabilidad de los acusados.

1. No hay responsables del delito

En primer lugar, la Sentencia sostiene que «no hay ningún dato concreto que permita establecer con seguridad las causas de la extraordinaria, repentina e irreparable avería que sufrió la nave frente a las costas gallegas en los infiustos días de autos y sólo puede inferirse de los datos recabados que el estado de

mantenimiento y/o conservación del buque era deficiente y que eso hizo que no soportase los esfuerzos de un temporal más que notable.»

En segundo lugar, en cuanto a las *responsabilidades penales* de los acusados, la Audiencia aprecia la inexistencia de *dolo o culpa grave*: «las imputaciones formalizadas contra el capitán y el jefe de máquinas del Prestige, relacionadas con las causas de lo ocurrido no han sido imputadas a título de dolo directo ni se ha invocado que se trate de un supuesto de omisión imprópria, de una comisión por omisión consistente en omitir inexcusables tareas de control, inspección, conservación y mantenimiento con el propósito de hundir así el buque y en el caso de que lo hayan sido, nada se ha demostrado, sobre todo porque nadie ha sostenido ni puede sostener que estos acusados quisieran hundir el buque y sólo se sostienen con cierta vehemencia las acusaciones de imprudencia, negligencia o culpa.» Esta queda «reducida así la imputación a que fueron *imprudentes* por arriesgarse a navegar en un buque inseguro y abocado al hundimiento, parece imposible sostener lógicamente tal imputación porque nadie ha demostrado que conociesen el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento.»

La conducta posterior del capitán y los oficiales una vez sobrevenida la avería es poco coherente con aquella acusación: «no sólo son aceptables sino que demuestran un coraje y entereza fuera de lo común, porque permanecer en un barco adrizado con dificultades, en medio de un temporal extremo, anegado por el oleaje y perdiendo fuel para tratar de salvar la nave parece poco coherente con la imprudencia de quien arriesga un buque a sabiendas de que son muy altas las posibilidades de que naufrague por defectos de mantenimiento.»

En conclusión, *no hay dolo ni imprudencia grave* en relación con los delitos ambientales de los que son acusados en capitán y el jefe de máquinas: «Los tipos penales imputados *ad hoc* son los descritos en los arts. 325, 326 e), 331 y 338 del C. Penal vigente cuando ocurrieron los hechos y las conductas que describen o son *esencialmente dolosos* en términos que no se han demostrado como ya queda dicho o sólo pueden ser imputadas a título de *imprudencia grave*, siendo así que ciertas decisiones, cierta incuria y algún comportamiento elusivo pueden ser tachados de *negligentes*, como navegar en automático, no tener en buen estado los serpentines de calefacción, tener deteriorado/inservible el remolque de emergencia a popa, aceptar una tripulación escasamente formada para manejar un buque como el Prestige, pese a la automatización de tantas de sus funciones y aceptar cargas e instrucciones de dudoso contenido y alcance, pero nadie ha demostrado que existiesen instrucciones ilegales, ni que la carga fuese inaceptable o perjudicial, pese al riesgo que supone su vertido (accidental o no), sino que cierta precarización en esa navegación estaba conectada con el legítimo propósito de aprovechar el último periodo de actividad de marinos expertos y con un ánimo de lucro excesivo por parte de la entidad propietaria del buque y, sobre todo, con la extraordinaria deficiencia de la estructura de control e inspección de buques desde el punto de vista de su seguridad y adecuación para navegar.»

La Sentencia remata sus conclusiones con una afirmación definitiva: «Si no se ha demostrado que los acusados quisieran hundir el buque, ni que conocieran sus deficiencias estructurales, ni sus causas relacionadas con conservación y/o reparaciones, sino que se limitaron a asumir una *navegación arriesgada* en términos que no pueden ser tachados de *imprudentes*, ni desde el punto de vista estrictamente profesional, ni desde el punto de vista de la mera lógica, parece evidente concluir que los tripulantes del Prestige acusados en este juicio deben ser absueltos de este primer delito, porque *no actuaron dolosamente y su imprudencia relativa*, caso de existir, ni fue eficiente, ni se ha demostrado en muchos aspectos y, sobre todo, en ningún caso fue GRAVE, que es lo que exige el tipo.»

El otro acusado, por parte de las acusaciones particulares, también de delito ambiental era el antiguo Director General de la Marina Mercante. Esta acusación se basa en que la orden de alejar el buque agravó los efectos del daño ambiental. Se convirtió en «autor» del delito contra el medio ambiente, en particular, el tipificado en el artículo 325 CP. Se consideró que el Director General actuó con *imprudencia* al dictar aquella orden. Una imprudencia, además, grave. Sólo así podría ser calificado como autor de los delitos señalados. La decisión fue considerada por los acusadores como imprudente. Esta conclusión se basa en que la decisión alternativa era más razonable, según se afirma. Esta es la de haber dado refugio al buque en la ensenada de Corcubión. La Sentencia reconoce que «la mayor parte de los pareceres técnicos se orientan a establecer como más adecuada y correcta la solución de dar refugio al Prestige, pese a que otros pareceres técnicos incluso llegan a calificar de delictiva esa alternativa. La lógica más elemental coincide también con el criterio técnico mayoritario, porque no puede discutirse que la reducción de los efectos del vertido y la posibilidad de salvamento del buque y de parte de la

El capitán del buque y el jefe de máquinas fueron acusados de ser autores del delito contra el medio ambiente previsto y penado en los arts. 325 y 326

carga son una alternativa mejor que el dar por perdido el buque y alejarlo de la costa.» Siendo así que era más razonable, esta razonabilidad se ha de calibrar en atención a las circunstancias en que la decisión fue adoptada: «Lo decisivo... es si esa alternativa era viable y si los datos conocidos cuando se decidió el alejamiento lo aconsejaban.» La Sentencia razona que no era ni viable ni los datos lo aconsejaban. En el momento inicial se tenía el convencimiento de que el hundimiento del buque era inminente. Así lo había informado todos los técnicos. Ante la inminencia del hundimiento, la mejor solución era proceder al alejamiento: «Se consideró que el alejamiento del vertido de la costa supondría que el mar redujese su capacidad contaminante, fragmentándolo, y reduciéndolo a términos manejables antes de llegar a las costas e incluso se consideró la posibilidad de que el fuel se hundiese y se congelase en el fondo del mar, cual no es cierto, pero sí que estaría sujeto a unas condiciones que dificultarían su expansión y posibilitarían su recuperación como así fue.»

No puede haber imprudencia, porque, como sostiene la Sentencia: «un profesional cualificado, asesorado por profesionales cualificados que informan que lo correcto es el alejamiento, salvo algunas excepciones poco explicadas, y que ha de tomar esa decisión de forma extremadamente urgente y rápida dado el peligro creado con la situación inicial del Prestige, cuando resuelve hacer caso a la mayor parte de sus asesores y a su propio criterio profesional, decidiendo de acuerdo con criterios que en rigor eran indiscutibles en aquel momento, está obrando de acuerdo con la prudencia y diligencia profesionales exigibles, lo que impide toda consideración de gravedad en cualquier negligencia adjetiva que pudiera estimarse en alguna de las decisiones concretas, cual no se ha demostrado sobre todo porque el debate giró exclusivamente sobre las dos alternativas enfrentadas.»

La conclusión es categórica: «La consideración final sobre el comportamiento del Director General acusado es que todas sus decisiones por definición estaban orientadas a salvar vidas humanas y no hubo ni un herido, a proteger en la medida de lo posible las costas y aunque hubo un vertido catastrófico, se consiguió que no afectase a las costas sino en la medida demostrada, esto es, en términos de posibilidad de recuperación medio ambiental y económica como ha sucedido y a procurar el salvamento y recuperación del buque pese a las obvias dificultades y a las escasas posibilidades de que pudiera hacerse y al fin esas previsiones se cumplieron, luego es imposible calificar esa conducta como delictiva y tampoco como meramente imprudente, porque la decisión fue consciente, meditada y en gran parte eficaz dentro del desastre ocurrido que no provocó la administración española, sino que lo gestionó con profesionalidad, adecuación y en condiciones muy desfavorables.»

2. Responsabilidad civil

La consecuencia de las conclusiones absolvitorias de las acusaciones de autoría de los delitos ambientales en el plano que ahora nos interesa, el de la responsabilidad civil, es clara: *si no hay delito, no hay responsabilidad civil por los daños ambientales asociados o vinculados a aquellos delitos.* El único delito acreditado, el de desobediencia del capitán, no es el hecho productor de aquellos daños y, por consiguiente, no puede hacer surgir la responsabilidad civil. Esto sería suficiente para concluir esta cuestión. Sin embargo, el Tribunal lleva a cabo una confusa disquisición sobre la responsabilidad civil. Así, comienza con un «al parecer», «los efectos de los hidrocarburos sobre los ecosistemas de costas expuestas al mar son de corta duración y la flora y la fauna vuelven a colonizarlas rápidamente.» A continuación, exige que los gastos estén debidamente acreditados. «Al parecer» los hidrocarburos tienen ciertos efectos, en cambio, los gastos deben ser ciertos y debidamente justificados. Y concluye tasando los gastos morales en un 30 por 100 del total de los gastos. Y todo esto cuando estos gastos no van a ser soportados por ningún responsable, porque no lo hay.

La Sentencia realiza un examen de la legislación reguladora de la responsabilidad civil. El Tribunal formula un juicio sobre esta cuestión, por lo demás, dudosamente, y, en todo caso, sin efectos jurídicos puesto que no hay responsabilidad civil, como ha quedado expuesto. En este punto la Sentencia es notablemente confusa e, incluso, equivocada. Si en otros extremos es discutible, pero se mueve dentro de lo que podemos entender como lo razonable, en relación con la responsabilidad civil es manifestamente errónea. La impresión que produce la lectura es la de una disertación obligada y carente de lógica pues pasa de un asunto a otro sin orden ni concierto. De la confusa diatriba se pueden extraer los siguientes aspectos relevantes:

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

apartados b) y e) y 338 CP⁸². Al final, sólo el capitán fue definitivamente condenado por el Tribunal Supremo. Esta responsabilidad lleva asociada la de la reparación de los daños producidos, como disponen los artículos 109 y 116 CP.

De los delitos ambientales cuelgan la responsabilidad civil. Si aquellos no logran probarse, ésta decae. Esto es lo que sucedió, en primera instancia, con los delitos ambientales de los que fueron acusados el capitán del buque y

En *primer* lugar, se entretiene con la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delito*: «La responsabilidad civil *ex delito* no tiene otra especialidad que su origen y por lo tanto el Tribunal puede fijar con entera libertad los términos y el alcance de dicha responsabilidad, de acuerdo con lo acreditado en juicio, pero las normas que han de aplicarse para esta determinación no pueden ser sino las que disciplinan civilmente esta clase de responsabilidades, o lo que es lo mismo no cabe obviar los criterios fundamentales de determinación de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento, lo que significa que, pese a la libertad de criterio sobre lo realmente acreditado en esta materia, en ningún caso puede vulnerarse la normativa que discipline la responsabilidad de ciertas entidades y personas jurídicas.»

En *segundo* lugar, se expone la sujeción de la responsabilidad a lo dispuesto en la Ley y en contratos. Es una referencia no expresa a los contratos de seguro: «Si existen normas legales o pactos contractuales que limiten ciertas responsabilidades habrá que estar a esas limitaciones, de modo que las entidades o personas obligadas por esas normas o contratos cumplirán con responder dentro de los límites de tales normas y pactos, sin perjuicio de lo que puedan repetir contra otros obligados.» Y entre tales limitaciones (de las indemnizaciones) a cumplir se encuentran las del FIDAC pero «si existe una limitación normativa de esas indemnizaciones frente a determinados organismos, deben respetarse y exigir la parte de responsabilidades pecuniarias que no sean satisfechas por esos organismos a otros responsables a quienes esa limitación no afecte.» En lo no cubierto por el FIDAC, podrá exigir la responsabilidad a los que corresponda. Estas limitaciones del FIDAC «no contradicen nuestro sistema» pero critica el cómo procede a valorar el gasto: «El FIDAC no decide, sino que informa y ofrece acuerdos o criterios indemnizatorios cuyo análisis procede desde la perspectiva de los criterios aplicables en materia de responsabilidad civil.» «El Propietario del buque tiene derecho a limitar su responsabilidad hasta 136 millones de dólares USA mientras que el Fondo de 1992 puede pagar 310 millones de dólares USA dentro de lo que se incluye lo pagado por el propietario del buque y la entidad aseguradora.»

En *tercer* lugar, el Tribunal se enfrenta a qué hacer con el depósito efectuado por la aseguradora para cubrir sus eventuales responsabilidades. La entidad aseguradora (*Steam Ship Owners Mutual Insurance Association*) constituyó, en virtud de lo dispuesto en el art. 7.9 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992, un fondo de limitación de responsabilidad por importe de 22.777.986 euros para su distribución a prorrata entre las indemnizaciones aceptadas: «Naturalmente, la distribución de esta suma de acuerdo con la normativa explicitada sólo se puede hacer en virtud de una ejecutoria en que se produzca una condena explícita en materia de responsabilidad civil, cual no es el caso, ... «De hecho los únicos supuestos en los que pese a una absolución se exigen pronunciamientos en materia de responsabilidad civil *ex arts. 118 y 119 y concordantes del C. Penal* dependen de la apreciación de circunstancias eximentes, sin perjuicio de la acreditación de determinados hechos delictivos y de su concreta autoría cuando ahora hemos de absolver a los acusados de la mayor parte de los delitos imputados y concretamente de aquellos de los que se derivaría la responsabilidad civil que ahora se reclama.» Queda en manos de la entidad aseguradora decidir qué hacer con esa cantidad. Se deberá esperar a que la Sentencia gane firmeza. Se reconoce que las partes pueden interesar, ante la jurisdicción civil, la adopción de alguna medida cautelar en relación a dicha cantidad. Esa cantidad estaba vinculada a la responsabilidad por los daños producidos por el vertido. Como en la jurisdicción penal no se ha apreciado el delito, no hay responsabilidad y por consiguiente, el dinero depositado asociado a esta responsabilidad pierde la razón del depósito. Volverá a la entidad aseguradora cuando gane firmeza la sentencia, salvo que la jurisdicción civil adopte alguna medida cautelar que impida la recuperación.

⁸² Lógicamente, la acusación, así como la apreciación del delito, se realizó sobre la base del Código vigente en el momento en que se produjeron los hechos. ¿Cuáles son las diferencias respecto del hoy vigente? El tipo básico es el del artículo 325 CP. En la siguiente tabla podemos observar los cambios.

el jefe de máquinas. Una vez declarados inocentes, la responsabilidad civil decayó. Así lo consideró la Audiencia Provincial de A Coruña. Y, como digo, el Tribunal Supremo revocó este pronunciamiento por lo que el capitán fue condenado y declarado, también, responsable civil de los daños producidos.

El Código penal dispone que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados» (art. 109). Esta obligación de reparar recae sobre la persona criminalmente responsable: «Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o

Redacción original del CP y vigente durante los vertidos del Prestige	Redacción vigente, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo
<p>Artículo 325.</p> <p>Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro 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, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, 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.</p>	<p>Artículo 325.</p> <p>1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos 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, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluyendo el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.</p> <p>2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena 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. Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado</p>

Como se puede observar, el legislador ha aprendido del caso Prestige. Hay tres diferencias esenciales: 1) el ámbito objetivo de afectación de los daños (incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos); 2) los daños atendidos (daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, producidos o que puedan ser producidos, individual o conjuntamente, por las actividades enumeradas; y 3) la inclusión del daño consistente en el perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Por lo tanto, la evolución legislativa ha tenido una dirección clara: incrementar la protección penal de los recursos naturales y, también, del ecosistema, frente a cualquier conducta que pueda infringirle un daño.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

perjuicios» (art. 116.1 CP). Esta responsabilidad comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP). Por lo tanto, para apreciar la responsabilidad civil por los daños ambientales, el Tribunal debe estimar, en primer lugar, la existencia de un responsable criminal de los hechos de los que se derivan los daños. En el caso del Prestige, debía apreciar que ciertas personas eran responsables del vertido de los hidrocarburos que produjeron los daños ambientales relevantes que hemos señalado. Así lo hizo el Tribunal Supremo al revocar la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña. Apreció tanto el delito como la responsabilidad civil.

En cuanto a la *responsabilidad penal*, el Tribunal Supremo comienza recordando que «el tipo básico contenido en el artículo 325.1 CP exige la confluencia de tres elementos esenciales para estimar la tipicidad *objetiva* del comportamiento: a) La provocación o realización directa o indirecta de alguna de las actividades contaminantes aludidas en el precepto. b) La infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal, elemento normativo exigido en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras de aquel tipo de actividades. Y c) la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido, como consecuencia de la realización de la actividad contaminante ilícita.»⁸³ Las conductas son punibles tanto cuando se realizan dolosamente como por imprudencia grave (art. 331 CP).

El Tribunal analiza, tras hacer una detallada exposición de la doctrina jurisprudencial sobre los elementos indicados, la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos. En *primer* lugar, el Tribunal considera que arrojar al mar el fueloil que transportaba el buque Prestige encaja en el concepto de vertido al que se refiere el tipo.

En *segundo* lugar, el análisis de la infracción de «una norma ambiental de carácter extrapenal», o sea, «la contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras del tipo de actividades de que se trate, en este caso, el transporte por mar de sustancias peligrosas por su alto potencial contaminante», le lleva a Tribunal a examinar Tratados⁸⁴ y la legislación nacional vigente en el momento del vertido, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del

⁸³ También analiza los tipos del art. 326 CP, que son tipos agravados del 325 CP.

⁸⁴ Los siguientes: Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, Convenio MARPOL, de 2 de noviembre de 1973 y su Protocolo de 1978; Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Convenio UNCLOS, de 10 de diciembre de 1982; Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, Convenio Solas, de 1 de noviembre de 1974; Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos que causen o puedan causar una contaminación por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969; y el Convenio Internacional sobre Líneas de Carga, de 1966.

Estado y de la Marina Mercante⁸⁵. Esta Ley tipifica varias infracciones en las que encajan la conducta producida: infracciones muy graves y graves relativas a la contaminación del medio marino. Los artículos 115 y 116 tipifican como infracciones las evacuaciones, tanto negligente (infracción grave) como deliberada o dolosa (infracción muy grave), desde buques de sustancias, en contra de la legislación aplicable, en particular, sin autorización. La evacuación se ha de producir en las zonas de navegación españolas (mar territorial y zona económica exclusiva) (art. 7.1) por buques, con independencia de su bandera, puesto que alcanza a «los buques civiles extranjeros que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, con las limitaciones que establezca el Derecho Internacional, en particular en lo que se refiere a los supuestos de inmunidad» (art. 8.5).

En *tercer* y último lugar, en cuanto a la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido (medio ambiente), el Tribunal lo reconoce sobre la base de dos hechos. Por un lado, «transportar 76.972 toneladas métricas de fueloil pesado genera un riesgo para el mar y todo el medio marino. Si, además, como en este caso, se acomete el transporte con un buque de unos 26 años de antigüedad y en un deficiente estado de conservación; sobrecalado, con un sistema de remolque anticuado, asumiendo una navegación que la sentencia recurrida calificó de arriesgada, por aguas que no son tranquilas y en unas condiciones meteorológicas adversas, es evidente que ese riesgo no solo existió, sino que por su entidad fue algo más que grave.» Y, por otro, el daño ambiental efectivamente producido: «una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos a consecuencia del intenso y extenso vertido de combustible que propició la abertura que se produjo en el casco de estribor del barco, por la que salieron unas 63.000 toneladas del fuel que se transportaba. Según concretó el relato de hechos probados de la sentencia recurrida “resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa, y además se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de influir en una utilización muy reducida de espacios naturales abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico”».

Estos dos hechos (las condiciones y circunstancias del transporte y los daños ambientales efectivamente producidos) crearon una situación de efecti-

⁸⁵ En la actualidad, ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

vo peligro para el bien jurídico protegido. Este, insisto, como consecuencia de los hechos expuestos, quedó en una situación objetiva de peligro, además, grave, como se pone de relieve por la magnitud de los daños. Incluso, razona el Tribunal, se ha de aplicar el tipo agravado del artículo 326.e) del Código, en aquellas fechas vigentes. Esto obedece a que, efectivamente, hubo un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico». La valoración ex ante de las condiciones del transporte hacía formular el «pronóstico» de que se podía producir la catástrofe: «en atención a la cantidad de fueloil que el Prestige transportaba, también fue previsible el de una auténtica catástrofe».

Si no hay duda, en los términos expuestos, de que el hecho (vertido de crudo procedente del Prestige) encaja en los elementos objetivos del tipo, más problemas plantea el elemento subjetivo, o sea, el grado y el tipo de responsabilidad personal de los implicados en las conductas que forman parte del tipo objetivo, en particular, el capitán Mangouras. El Tribunal comienza razonando que, en el caso que nos ocupa, y en otros, estamos ante un supuesto de imprudencia. Es poco probable, expone en otro momento, que los delitos que ahora nos interesa, se cometan de manera dolosa. En relación con la imprudencia, el Tribunal recuerda que se comete cuando se infringe tanto el deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión) como el externo (deber objetivo de cuidado); prever que el daño se puede producir y adoptar los comportamientos adecuados para evitarlo⁸⁶. Además, la infracción de los deberes debe ser la causa de la situación de peligro del medio ambiente. Debe haber una relación entre el comportamiento imprudente y el resultado, de modo que se pueda considerar que aquél ha sido el responsable del riesgo que, además, no está permitido por ser contrario a la ley. En el caso de que el incumplimiento hubiese producido una omisión de conducta diligente, la imputación procede porque es posible establecer una conexión hipotética entre la omisión y el riesgo. En definitiva, lo que el Tribunal se pregunta es lo siguiente: ¿[generó] el capitán Apostolos Ioannis Mangouras ... un riesgo ilícito o prohibido en su actuación o si ésta, como sostiene la sentencia [de instancia], se quedó en los límites de lo permitido, al menos en la intensidad que requiere el tipo penal por el que se le acusa?

⁸⁶ En palabras del Tribunal Supremo: «el delito imprudente aparece estructuralmente configurado por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.»

La avería que provocó el colapso del barco, como afirma la Sala de instancia, no era previsible, ni pudo ser advertida por el acusado. El estado aparente del buque no era indicativo de sus deficiencias estructurales. Sólo una inspección adecuada podría haber apreciado los defectos. No estaba al alcance del capitán. Esta es la discutible conclusión de la Audiencia. En cambio, el Tribunal Supremo analiza unos determinados elementos fácticos también incluidos en la Sentencia de instancia, que le permiten deducir otra conclusión. Estos son: las deficiencias que presentaba el buque desde su salida en San Petersburgo; las condiciones meteorológicas del momento en que se produjo la avería (su adversidad era previsible por lo que se podría haber evitado, dadas las condiciones del buque); y el sobrecalado (en 0,30 metros; lo que significaba llevar unas 2.150 toneladas más de peso, con una carga a bordo de 76.972 toneladas métricas de fueloil). «El capitán es el responsable de que el buque se encontrara suficientemente pertrechado al momento de iniciar la navegación velando porque ésta alcanzara las adecuadas cotas de seguridad. Incluso era responsable de acometer las reparaciones imprescindibles a tal fin y, muy especialmente, de controlar el peso de la carga». El capitán desplegó ciertas maniobras que empeoraron las condiciones del buque (para corregir la escora, procedió a adrizar el buque, aumentando su calado, incrementando las tensiones estructurales del buque, dificultó el rescate e impidió que se le pudiera dar refugio). También analiza el comportamiento del capitán con ocasión del remolque, en particular, su retraso en aceptar dar remolque al buque, desobedeciendo las órdenes que se le habían dirigido.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que el capitán «incrementó con su actuación el riesgo permitido en su actividad como capitán del buque Prestige, y no neutralizó los que otros contribuyeron a crear. Todo ello con la consiguiente infracción del deber objetivo de cuidado que le incumbía»⁸⁷,

⁸⁷ Esta afirmación se asienta en lo siguiente consignado en la Sentencia: [1] «Asumió una travesía en un momento en que lo previsible, cuando no seguro, en atención a la zona por la que había de navegar y la época del año en la que lo hacía, es que hubiera de enfrentarse a condiciones meteorológicas adversas. [2] Lo hizo con un barco que, aun prescindiendo de su estado estructural, estaba envejecido y con deficiencias operativas que conocía perfectamente: había de navegar en manual porque el piloto automático no funcionaba; con las calderas sin serpentines que permitieran calentar la carga con la intensidad necesaria para facilitar el eventual trasvase de la misma; con un remolque que en situaciones adversas era difícil de accionar pues requería de al menos cuatro hombres para moverlo y vapor de agua, lo que lo inutilizaba en el caso de colapso de la maquinaria. [3] A ello se suma un elemento claramente infractor de la norma de cuidado. Iniciada la marcha desde el Puerto de San Petersburgo, completó el cargamento en el puerto estonio de Ventspils, donde permitió que fuera sobrecargado con un exceso de más de 2000 toneladas de fueloil, que provocó el consiguiente sobrecalado. Esto no sólo implicó un flagrante incumplimiento de la normativa sobre las líneas de carga, sino un evidente incremento del riesgo en relación a una navegación de la que como capitán era responsable y que, en atención al material altamente contaminante que transportaba, exigía más rigurosas medidas de seguridad. Se colocó en una situación en la que no podía garantizar

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

puesto que «asumió no solo una navegación arriesgada, ... Sino que creó un grave riesgo, sobre todo en relación con el carácter altamente contaminante de la sustancia que transportaba. Un riesgo que excedió el permitido y se colocó como capitán del Prestige en una situación que le impidió controlarlo en momentos críticos. De esta manera el barco continuó arrojando fueloil al mar hasta que transcurridos unos días se partió.»

Incumplió el deber *objetivo* de cuidado que le incumbía «al generar riesgos no permitidos y no neutralizar los provocados por otros». Y también el *subjetivo*, puesto que «como capitán del buque estaba obligado a advertir la presencia del peligro grave que asumió. Contribuyó a agravar las consecuencias del vertido provocado en primera instancia por el fallo estructural del barco, en cuanto que dificultó las posibilidades de rescate del buque, y propició su acercamiento hacia la costa mientras derramaba fueloil de manera intensa, lo que incrementó el peligro que el potencial contaminante de éste suponía para el equilibrio del ecosistema.» El incumplimiento se produjo tanto por acción como por omisión⁸⁸. El Tribunal Supremo entiende y afirma que hubo imprudencia, muy lejos, por lo tanto, de la negativa de la Audiencia a reconocer tanto el dolo como la culpa grave⁸⁹.

la seguridad del barco ante un fuerte contratiempo, como fue ese fallo estructural que determinó el colapso de la maquinaria y la fractura del casco. [4] Avería que, fuera cual fuese su causa, no se puede considerar improbable, sobre todo en un barco de esa antigüedad. No contradice este extremo que la sociedad de clasificación ABS hubiese certificado la idoneidad del Prestige para la navegación. No era esta una cuestión incontrovertida, pues dos sociedades energéticas, la española Repsol y la británica BP habían desaconsejado su uso. [5] Y en esa situación, cuando el fallo estructural reventó el casco, el acusado para salvar la fuerte escora que abocaba al hundimiento adrizó el buque, permitiendo la entrada de agua de mar en los tanques. Se ha dicho que fue una maniobra propia de un marino competente y avezado. Precisamente por eso no pudo desconocer que a razón del incremento de peso que la misma implicaba, iba a ser decisiva para acabar de minar la capacidad de resistencia del barco y para dificultar al máximo su rescate. Es cierto que esta última maniobra la acometió cuando el vertido ya se había iniciado, pero fue decisiva de cara a impedir que el mismo fuera controlado hasta que finalmente el buque se fracturó. [6] Por último su comportamiento elusivo a la hora de desatender las órdenes de la Autoridad Marítima Española, también contribuyó a incrementar el riesgo del vertido. El barco sin gobierno derivaba hacia la costa y cualquier demora en su control incrementaba las posibilidades de contaminación.»

⁸⁸ «El comportamiento del acusado fue mixto de acción en algunos aspectos y de omisión en otros, respecto a los que incumplió con el deber de garantir que le incumbía ex artículo 11 del CP en relación con el trasporte por mar de sustancias peligrosas que dirigía, y que le obligaba a neutralizar los riesgos que el mismo pudiera entrañar. Con unos y otros contribuyó a agravar el resultado del vertido contaminante e incrementó la posibilidad de causar un perjuicio grave para el equilibrio del ecosistema, peligro que se concretó en los catastróficos resultados producidos.»

⁸⁹ Es un aspecto central sobre el que giran las diferencias esenciales entre la Sentencia de instancia y la del Tribunal Supremo. En cuanto a las *responsabilidades penales* de los acusados, la Audiencia aprecia la inexistencia de *dolo o culpa grave*: «las imputaciones formalizadas contra el capitán y el jefe de máquinas del Prestige, relacionadas con las causas de lo ocurrido no han sido imputadas a título de dolo directo ni se ha invocado que se trate de un supuesto de omisión impropia, de una comisión por omisión consistente en omitir inexcusables tareas de control, inspección, conservación y mantenimiento con el propósito de hundir así el buque y en el caso de que lo hayan sido, nada se ha demostrado, sobre todo

La imprudencia del capitán fue, además, grave «tanto por la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado en relación al riesgo no permitido creado y al no neutralizado, como por la importancia del bien jurídico afectado, el equilibrio del ecosistema. También lo es desde una perspectiva subjetiva en relación a la previsibilidad del riesgo por parte del acusado». Es el requisito que el artículo 331 CP establece a los efectos de la imputación de la responsabilidad por el delito del artículo 325 CP. Es la nueva valoración jurídica que hace el Tribunal respecto de los hechos que, en cambio, para la Sala de instancia no merecieron tal calificativo.

La conclusión a la que llega, a la luz de lo expuesto, es la de la imputación del delito contra el medio ambiente. Es una cuestión esencial, a nuestros efectos, en orden a apreciar la consiguiente responsabilidad civil:

«Los hechos declarados probados respecto al acusado Sr. Mangouras son constitutivos, según lo expuesto, de un delito imprudente contra el medio am-

porque nadie ha sostenido ni puede sostener que estos acusados quisieran hundir el buque y sólo se sostienen con cierta vehemencia las acusaciones de imprudencia, negligencia o culpa.» Esta queda «reducida así la imputación a que fueron *imprudentes* por arriesgarse a navegar en un buque inseguro y abocado al hundimiento, parece imposible sostener lógicamente tal imputación porque nadie ha demostrado que conociesen el estado real del buque en cuanto a los defectos de conservación que causaron su hundimiento.»

La conducta posterior del capitán y los oficiales una vez sobrevenida la avería es poco coherente con aquella acusación: «no sólo son aceptables sino que demuestran un coraje y entereza fuera de lo común, porque permanecer en un barco adrizado con dificultades, en medio de un temporal extremo, anegado por el oleaje y perdiendo fuel para tratar de salvar la nave parece poco coherente con la imprudencia de quien arriesga un buque a sabiendas de que son muy altas las posibilidades de que naufrague por defectos de mantenimiento.»

En conclusión, *no hay dolo ni imprudencia grave* en relación con los delitos ambientales de los que son acusados en capitán y el jefe de máquinas: «Los tipos penales imputados *ad hoc* son los descritos en los arts. 325, 326 e), 331 y 338 del C. Penal vigente cuando ocurrieron los hechos y las conductas que describen o son *esencialmente dolosos* en términos que no se han demostrado como ya queda dicho o sólo pueden ser imputadas a título de *imprudencia grave*, siendo así que ciertas decisiones, cierta incuria y algún comportamiento elusivo pueden ser tachados de *negligentes*, como navegar en automático, no tener en buen estado los serpentines de calefacción, tener deteriorado/inserrible el remolque de emergencia a popa, aceptar una tripulación escasamente formada para manejar un buque como el Prestige, pese a la automatización de tantas de sus funciones y aceptar cargas e instrucciones de dudoso contenido y alcance, pero nadie ha demostrado que existiesen instrucciones ilegales, ni que la carga fuese inaceptable o perjudicial, pese al riesgo que supone su vertido (accidental o no), sino que cierta precarización en esa navegación estaba conectada con el legítimo propósito de aprovechar el último periodo de actividad de marinos expertos y con un ánimo de lucro excesivo por parte de la entidad propietaria del buque y, sobre todo, con la extraordinaria deficiencia de la estructura de control e inspección de buques desde el punto de vista de su seguridad y adecuación para navegar.»

La Sentencia remata sus conclusiones con una afirmación definitiva: «Si no se ha demostrado que los acusados quisieran hundir el buque, ni que conocieran sus deficiencias estructurales, ni sus causas relacionadas con conservación y/o reparaciones, sino que se limitaron a asumir una *navegación arriesgada* en términos que no pueden ser tachados de *imprudentes*, ni desde el punto de vista estrictamente profesional, ni desde el punto de vista de la mera lógica, parece evidente concluir que los tripulantes del Prestige acusados en este juicio deben ser absueltos de este primer delito, porque *no actuaron dolosamente y su imprudencia relativa*, caso de existir, ni fue eficiente, ni se ha demostrado en muchos aspectos y, sobre todo, en ningún caso fue GRAVE, que es lo que exige el tipo.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

biente de los artículos 325.1 y 326 e), en relación con el artículo 331 CP. La aplicación de la modalidad agravada expuesta resulta incuestionable, pues se generó un riesgo de contaminación que excedió del meramente grave que exige el tipo básico, cuyos contornos quedaron desbordados con una proyección de lesividad para el medio marino y el ecosistema en general, no sólo irreversible, en los términos que exige esta figura y que quedaron expuestos en el fundamento vigésimo de esta resolución, sino además catastrófica. Riesgo que, a la vista de los resultados producidos, se concretó en una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos por la intensidad y extensión del vertido, el número de elementos naturales destruidos, de especies marinas afectadas y de actividad económica perturbada. Riesgo que era previsible, en atención a la cantidad de fuel que transportaba, y la intensidad del vertido que manaba por la abertura producida en el casco del buque. Y además objetivamente imputable al acusado, quien por su propia experiencia necesariamente había de ser conocedor del mismo y hubo de representárselo y en cuyo ámbito de competencia se encontraba enervarlo en la medida de sus posibilidades. Con su actuación generó riesgo y no neutralizó el creado por otros, sino que lo incrementó más allá de lo permitido.»

Una vez establecida la responsabilidad penal, el Tribunal Supremo se enfrenta a la cuestión de la *responsabilidad civil* consecuencia del delito apreciado. El Código penal dispone, como recuerda el Tribunal, por un lado, que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados» (art. 109) y, por otro, que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios...» (art. 116). La responsabilidad comprende la restitución del bien si fuera posible, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP). Se trata, como también insiste el Tribunal, de responsabilidad civil regulada por el Derecho civil⁹⁰. En el caso que nos ocupa, afirma el Tribunal, «nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil derivada de daños y perjuicios provocados por el vertido emanado de un buque que transporta hidrocarburos, cuyo resarcimiento se encuentra regulado por el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación

⁹⁰ Como recuerda el Tribunal: «dejamos el ámbito del Derecho penal para desplazarnos al del Derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas. Las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal y su contenido y extensión igualmente habrá de calibrarse con arreglo a la normativa civil aplicable, siempre que no exista un especial precepto penal que modifique su régimen. Como dijo la STS 298/2003 de 14 de marzo que «la acción civil “ex delicto” no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil».

por Hidrocarburos de 1991 (CLC92) y el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC) de 1992, instrumentos asumidos por España y publicados respectivamente en el BOE de 20 de septiembre de 1995 y 11 de octubre de 1997, es decir, son normas vigentes y aplicables, y lo eran a la fecha de los hechos.» Sobre estos aspectos me extenderé a continuación. Hay delito, debe haber responsabilidad por los daños. La cuestión jurídica, como se analizará, tiene dos frentes: (i) quién es el responsable y (ii) la extensión de la responsabilidad para comprender todos los daños producidos. La primera, tiene una derivada singularmente relevante asociada al contrato de seguro impuesto de manera obligatoria por la legislación aplicable, que obliga a que haga acto de presencia el asegurador. Y, la segunda, que tanto el contrato como la legislación, plantea interrogantes en orden a la garantía de la cobertura de los daños para alcanzar la reparación íntegra.

SEGUNDA PARTE

**RESPONSABILIDAD CIVIL
EN EL CASO PRESTIGE**

IV

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS

La responsabilidad civil nacida de los daños producidos por el vertido originado por un buque cuenta con una regulación especial. Me refiero al Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (en adelante, Convenio 1992)⁹¹ y su instrumento complementario, el Convenio sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos (en adelante, Convenio FIDAC 1992)⁹². En el caso del Prestige, uno de los aspectos a dilu-

⁹¹ El Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el día 29 de noviembre de 1969, fue ratificado por España por instrumento fechado el día 15 de noviembre de 1975, publicado en el BOE de 8 de marzo de 1976. El Instrumento de Ratificación de España fue depositado con fecha 8 de diciembre de 1975. El Convenio entró en vigor para España el día 7 de marzo de 1976. El Convenio fue enmendado por Protocolo, hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992. El Protocolo entró en vigor de forma general el 30 de mayo de 1996 y para España el 6 de julio de 1996. Instrumento de adhesión de España lleva fecha de 6 de junio de 1995. Fue publicado en el BOE el 20 de septiembre de 1995. El Convenio resultante del Protocolo de 1992 es conocido como Convenio 1992.

⁹² Inicialmente, el Convenio sobre responsabilidad fue hecho Bruselas el día 29 de septiembre de 1969 y el Convenio del Fondo, en el año 1971. Estos Convenios han sufrido modificaciones, algunas muy importantes. Como explica REQUEJO (2007: 140) «en 1969, con motivo del accidente del Torrey Canyon en 1967, se adoptan los dos Convenios cuyos sucesores configuran en la actualidad el marco jurídico fundamental: el Convenio de 1969 sobre daños causados por la contaminación marina por hidrocarburos (se publica en España en BOE de 8 de marzo de 1976), y el Convenio de 18 de diciembre de 1971 sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos (BOE de 11 de marzo de 1982). En 1992, bajo los auspicios de la OMI (Organización Marítima Internacional, creada en 1948 e integrada en Naciones Unidas), ambos instrumentos fueron enmendados; España se adhirió a los Convenios de 1992 en 1995

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

cidar fue el relativo a qué Derecho debía regular la responsabilidad civil nacida de los delitos correspondientes. La resolución a esta cuestión tiene una vertiente relevante: el alcance de la responsabilidad. La pregunta es la siguiente: si el Convenio 1992 regula la responsabilidad civil producida por el vertido, qué sucede si dicha responsabilidad no cubre todos los daños producidos por el hecho delictivo. En el caso Prestige, como resulta evidente, la vertiente penal ha desplegado una considerable importancia. Es la que ha condicionado la resolución del asunto y, en particular, por lo que ahora nos interesa: la reparación y la compensación de los daños ambientales, o sea, la responsabilidad civil. Nos encontramos ante un caso, como se ha argumentado, de la denominada responsabilidad civil *ex delicto*. En este contexto, es imprescindible recordar que artículo 110 CP, también vigente en el momento en que se produjo el vertido, dispone taxativamente el alcance de la responsabilidad: «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. [Y] 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.» En definitiva, el CP pretende la reparación íntegra de todos los daños asociados al hecho delictivo. «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, ..., los daños y perjuicios por él causados». Todos los daños y perjuicios causados. La reparación se canaliza mediante las vías enumeradas en el citado artículo 110.

A. INTRODUCCIÓN

El Convenio 1992 tiene aplicación preferente. Así lo establece, en la actualidad, el artículo 391 de la Ley de Navegación Marítima⁹³. En el momento en que se produjo el vertido, no estaba vigente dicha Ley. Sin embargo, la aplicación preferente se debía establecer en virtud de la posición de jerarquía de los Tratados y Convenios suscritos por España. Estos tienen en la jerarquía

(BOE de 20 de septiembre y de 11 de octubre de 1995), denunciando posteriormente los de 1969 y 1971 (BOE de 24 de julio de 1997). En 2000 y 2003 los instrumentos han sido revisados a la vista de la insuficiencia de los medios provistos para la reparación de los daños causados por catástrofes como la del Nadhodka (1997), el Erika (1999) o el Prestige. No obstante, ninguna de las modificaciones se aplicará al caso Prestige.»

En adelante, cuando me refiera al Convenio de responsabilidad civil, me refiero al Convenio de 1992. Al igual que cuando me refiera al Convenio del FIDAC, también me refiero al modificado en el año 1992. Eran, como resulta evidente, los vigentes en el momento en que se produjo el vertido procedente del Prestige en el año 2002.

⁹³ El artículo 391 dispone, bajo el título aplicación preferente de los convenios internacionales, «Lo previsto en los convenios internacionales de que España sea parte en materia de responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos o por substancias nocivas, peligrosas o tóxicas, o por el combustible de los buques, será de aplicación preferente en su ámbito respectivo.»

normativa una preeminencia respecto del resto de las normas del ordenamiento jurídico, con el límite, lógicamente, de la Constitución. Ésta, en tanto que norma instituyente del conjunto del ordenamiento jurídico, es la norma de referencia necesaria de todas las demás. Esto quiere decir que las normas del Derecho internacional se integran en el ordenamiento jurídico español (art. 96 CE) siempre y cuando sean conformes con las constitucionales⁹⁴. Y la misma Constitución ha añadido que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (art. 96 CE). Esta es la fuente última de su preeminencia dentro del ordenamiento.

El Convenio de 1992 se ha de aplicar con preeminencia respecto de cualquier otra norma en virtud de su superioridad normativa. Se ha hablado del principio de especialidad con fundamento de tal preeminencia⁹⁵. Me parece equivocado. Este principio regula las relaciones entre normas de igual rango, no entre normas de distinto rango. Primero, la jerarquía y sólo, posteriormente, la especialidad.

La relación jerárquica tiene una consecuencia jurídica importante: la superioridad de la norma se traduce en que la inferior no puede derogarla ni contradecirla, pero sólo en el ámbito sobre el que se proyecta su eficacia. Esta precisión es importante porque permitiría compatibilizar, como se argumentará, la aplicación del Convenio de 1992 con el resto de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por los daños ambientales producidos por el hundimiento del Prestige está regulada, en primer lugar, por el Convenio 1992, pero en todo lo que no está regulado por dicho Convenio, o sea, que no cae dentro de su ámbito de eficacia, el resto de las normas proyectarán su eficacia. Esto se refiere, en particular, a las normas de responsabilidad civil del Código penal. No hay, porque no puede haberlo, un desplazamiento total y completo del ordenamiento jurídico. El Convenio se inserta en el mismo, disfrutando de la superioridad que le corresponde, pero no impide la aplicación del resto de las normas. Éstas se aplicarán, en virtud del

⁹⁴ En caso contrario, o no se pueden incorporar o se deberá modificar previamente la Constitución (art. 95 CE).

⁹⁵ HUERTA & RODRÍGUEZ (2004: 86) sostienen a este respecto lo siguiente: «... a dichas personas excluidas convencionalmente de responsabilidad, ..., salvo en el estricto caso antes señalado de dolo o dolo eventual, no se les podrá exigir responsabilidad ni tan siquiera en aplicación de la normativa general sobre responsabilidad civil a través del ejercicio de las correspondientes acciones penales y civiles, ya que estamos ante un régimen de responsabilidad civil especial que prima sobre cualquier otro régimen general y que opera con abstracción de que su materialización judicial tenga lugar ante la jurisdicción civil o penal, ya que la responsabilidad civil tiene la misma finalidad y cumple la misma función en ambos casos, conclusión que deseamos quede muy clara.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

principio de supletoriedad, en defecto o insuficiencia del Convenio. La superioridad jerárquica, con la consiguiente preferencia en su aplicación, no impide, al contrario, la aplicación del resto de las normas del ordenamiento para dar respuesta a las insuficiencias de la norma superior. El Derecho está construido para afrontar el «horror vacui», que no es otra cosa, que la anomia y su consecuencia la inseguridad.

El Convenio 1992⁹⁶ incluye varias reglas importantes a nuestros efectos. En *primer* lugar, la responsabilidad objetiva del propietario del buque por los daños ocasionados por la contaminación que se derive del buque a consecuencia del suceso (art. III.1).

En *segundo* lugar, los daños cubiertos por la responsabilidad son las pérdidas o daños causados «por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos» pero la indemnización por deterioro del medio está limitada a la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, y al costo de las medidas razonables de restauración. También cubre «el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas» (art. I.6).

En *tercer* lugar, no podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al Convenio (art. III.2).

En *cuarto* lugar, el propietario del buque podrá limitar el alcance de la responsabilidad, pero «no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños» (art. V.2).

En *quinto* lugar, el propietario de un barco que esté matriculado en un Estado contratante y transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento tendrá que suscribir un seguro u otra garantía financiera, ..., por el importe a que asciende los límites de responsabilidad prevista en el artículo V, párrafo 1, para cubrir su responsabilidad por daños causados por la contaminación con arreglo a este Convenio (art. VII.1). A cada buque se le expedirá un certificado que atestigüe que el seguro o la otra garantía financiera tienen plena vigencia de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio (art. VII.2).

En *sexto* lugar, podrá interponerse cualquier acción para el resarcimiento de daños por contaminación directamente contra el asegurador o contra toda persona que provea la garantía financiera para cubrir la responsabilidad del propietario respecto de daños por contaminación (art. VII.8).

⁹⁶ Vid. HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004.

En *séptimo* y último lugar, cuando de un suceso se hayan derivado daños ocasionados por contaminación en el territorio, incluido el mar territorial, o en una zona a la que se hace referencia en el artículo II, de uno o más Estados contratantes, o se hayan tomado medidas preventivas para evitar o reducir al mínimo los daños ocasionados por contaminación en ese territorio, incluido el mar territorial o la zona, sólo podrán promoverse reclamaciones de indemnización ante los tribunales de ese o de esos Estados contratantes (art. IX.1).

En lo que ahora nos interesa, la responsabilidad civil del Convenio 1992 es limitada en cuanto a: (i) el *sujeto* responsable (el propietario) (art. III); (ii) los *daños* cubiertos (art. I.6); (iii) el *importe* de la indemnización (art. V); y (iv) además, se añade una supuesta cláusula de *exclusividad* en la aplicación de sus determinaciones ya que «no podrá promoverse contra el propietario del buque ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al Convenio (art. III.2).

Ante la evidencia de que este sistema era notablemente insuficiente, se arribó a un segundo nivel de garantía de la reparación: la constitución de un Fondo, el FIDAC, o sea, el Fondo para la indemnización de los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos⁹⁷. Es un fondo regulado por el Convenio Internacional de constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos (Convenio FIDAC 1992)⁹⁸.

El FIDAC pretende compensar, en particular, el carácter limitado de la indemnización que el propietario del buque ha de abonar una vez sobrevenido el daño del que es responsable objetivo, como ha sido expuesto. El fin principal es «indemnizar a las víctimas de los daños ocasionados por contaminación en la medida en que la protección establecida por el Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, resulte *insuficiente*» [art. 2.1.a) Convenio FIDAC 1992]. Se trataría de un sistema de indemnización complementario o de segundo orden respecto

⁹⁷ Se ha afirmado que el Convenio de 1992 y el Convenio del Fondo son «disposiciones complementarias que forman una especie de todo único de la regulación de la responsabilidad civil por contaminación marítima por hidrocarburos, cuya finalidad principal es conseguir una pronta y adecuada indemnización de las víctimas» (HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 44-45).

⁹⁸ Convenio de 18 de diciembre de 1971 sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos (BOE de 11 de marzo de 1982). Posteriormente ha sufrido distintas modificaciones, así como ampliaciones. La enmienda más importante fue obra del Protocolo de 1992. A partir de ese momento se habla del Convenio del Fondo de 1992. En marzo de 2005 se constituyó un Fondo Complementario tras la entrada en vigor del Protocolo adoptado en 2003. Con este Fondo se pagarán las indemnizaciones por daños de contaminación en caso de siniestros ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo. Es una indemnización adicional a la disponible en virtud del Convenio del Fondo de 1992. La cuantía total disponible para la indemnización de cada siniestro asciende a 1.170,3 millones de dólares (a octubre de 2011), incluidas las cuantías pagaderas en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 y del Convenio del Fondo de 1992 (que a partir de noviembre de 2003 ascendía a 316,8 millones de dólares, según la última valoración disponible).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

del principal que sería el del Convenio de 1992⁹⁹. Por esta razón, como dispone el artículo 4, «el Fondo indemnizará a toda persona que sufra daños ocasionados por contaminación si, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, esa persona *no ha podido obtener* una indemnización *plena y adecuada* de los daños porque: a) de los daños ocasionados no nazca responsabilidad con arreglo al Convenio de Responsabilidad Civil, 1992; b) el propietario responsable de los daños con arreglo al Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, sea financieramente insolvente para dar pleno cumplimiento a sus obligaciones y la garantía financiera provista en virtud del artículo VII de dicho Convenio no cubra las reclamaciones de indemnización de los daños, o sea insuficiente para satisfacerlas¹⁰⁰; [y] c) la cuantía de los daños rebase la responsabilidad del propietario limitada en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, artículo V, párrafo 1, o en virtud de lo dispuesto en cualquier otro convenio internacional que haya en vigor o esté abierto a la firma, ratificación o adhesión en la fecha del presente Convenio»¹⁰¹. Aunque, la indemnización, conforme al Convenido FIDAC no es ilimitada; el importe está limitado según resulta de la aplicación de los criterios del artículo 4.4 Convenio FIDAC 1992¹⁰².

B. LIMITACIÓN SUBJETIVA: EL PROPIETARIO DEL BUQUE. LA EXTENSIÓN A OTROS SUJETOS EN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS

La responsabilidad está circunscrita, por el Convenio 1992, al propietario del buque (art. III). Y, además, excluye expresamente a otros sujetos, salvo que concurran los requisitos que enumera (art. III. 4)¹⁰³. Es una responsabilidad

⁹⁹ HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 131.

¹⁰⁰ En el citado artículo se aclara que «el propietario será considerado financieramente insolvente para dar cumplimiento a sus obligaciones y la garantía financiera será considerada insuficiente si la persona que sufre los daños no ha podido obtener como reparación la cuantía íntegra de la indemnización a que tenga derecho en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, después de haber tomado todas las medidas razonables para ejercer los recursos legales de que disponga.»

¹⁰¹ En el artículo 4 se especifica que «los gastos que razonablemente haya tenido el propietario o los sacrificios razonable y voluntariamente realizados por éste para evitar o reducir al mínimo los daños ocasionados por contaminación se considerarán como daños ocasionados por contaminación, a los fines del presente artículo.»

¹⁰² Según información del FIDAC a octubre de 2011: «La cuantía máxima de indemnización pagadera por el Fondo de 1992 en lo que respecta a un siniestro que ocurrió antes del 1 de noviembre de 2003 era de 135 millones DEG (US\$ 210,7 millones), incluida la suma efectivamente pagada por el propietario del buque (o por su aseguradora) en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992. El límite se aumentó en un 50,37% a 203 millones DEG (US\$ 316,8 millones) el 1 de noviembre de 2003. El límite elevado se aplica sólo a siniestros que ocurren en dicha fecha o después.»

¹⁰³ El Convenio 1992 sólo hace responsable al propietario del buque y excluye a otros sujetos como los empleados o agentes del propietario o los tripulantes, el práctico, el fletador, gestor naval o armador,

objetiva. Lo único relevante a los efectos de su imputación es la producción del daño cubierto por el Convenio 1992¹⁰⁴. Es, por lo tanto, una responsabilidad limitada¹⁰⁵ pero objetiva; limitada en dos planos. Por un lado, el Convenio enumera unos supuestos en los que el propietario podría excluir su responsabilidad, bien porque no podrá ser imputado¹⁰⁶ o bien porque deberá ser exonerado¹⁰⁷, y, por otro, en cuanto al importe de la indemnización, como se analizará más adelante.

Sin embargo, esta característica está condicionada a la ausencia de dolo. El propietario del buque «no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contamina-

las personas que realicen tareas de salvamento, las que tomen medidas preventivas o cualquier otra de las indicadas en el artículo III.4 del Convenio. Sólo serán responsables cuando hayan causado el daño por una acción u omisión dolosa (incluido el denominado dolo eventual).

HUERTA & RODRÍGUEZ (2004: 86) sostienen a este respecto lo siguiente: «... a dichas personas excluidas convencionalmente de responsabilidad, ..., salvo en el estricto caso antes señalado de dolo o dolo eventual, no se les podrá exigir responsabilidad ni tan siquiera en aplicación de la normativa general sobre responsabilidad civil a través del ejercicio de las correspondientes acciones penales y civiles, ya que estamos ante un régimen de responsabilidad civil especial que prima sobre cualquier otro régimen general y que opera con abstracción de que su materialización judicial tenga lugar ante la jurisdicción civil o penal, ya que la responsabilidad civil tiene la misma finalidad y cumple la misma función en ambos casos, conclusión que deseamos quede muy clara. Ello porque tenemos en España el desgraciado, jurídicamente hablando también, precedente del accidente del buque Mar Egeo, en el que primero el Juzgado de lo Penal n.º 2 de La Coruña, en Sentencia de 30 de abril de 1996 y después la Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 18 de junio de 1997, incurrieron en el grave error jurídico de inaplicar en gran parte, sin argumentar por qué, el citado régimen convencional internacional específico, para hacer responsables solidariamente al capitán del barco también y al práctico del puerto de La Coruña y subsidiariamente, respecto del primero, al propietario del buque y su asegurador y respecto del segundo, al Estado español, matizando la sentencia definitiva de segunda instancia que la responsabilidad del propietario del buque, por aplicación del artículo III.3 CLE 69, quedaba reducida en un 50 por 100.» Esta interpretación conduce a que, por aplicación del Convenio, sólo se puede exigir responsabilidad civil al propietario. A nadie más. Salvo que concurre la cláusula de exclusión que el mismo Convenio contiene. No hay responsabilidad civil al margen del Convenio y sólo por obra del Convenio. La responsabilidad penal y la responsabilidad civil se separarían. Se podría apreciar la primera pero no la segunda. La apreciación de la responsabilidad penal de cierto sujeto por los daños producidos por el mismo no daría lugar a la obligación de su reparación porque dicho sujeto no sería, conforme al Convenio, responsable civil. No parece razonable desde el punto de vista jurídico.

¹⁰⁴ HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 98.

¹⁰⁵ Se ha justificado esta limitación en razón de «no obstaculizar la actividad económica del sector económico implicado» (HUERTA & RODRÍGUEZ: 99-100), lo que es una explicación que podría ser entendida como una justificación de lo injustificable.

¹⁰⁶ El artículo III dispone en el segundo apartado: «No podrá imputarse responsabilidad alguna al propietario si prueba que los daños por contaminación: a) Resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o b) Fue totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o c) Fue totalmente causada por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno y otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.»

¹⁰⁷ El artículo III dispone en el tercer apartado: «Si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

ción se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños» (art. V.2). El propietario no podría beneficiarse del régimen del Convenio si se probase que había actuado en la producción del daño con dolo o dolo eventual¹⁰⁸. No puede beneficiarse de la limitación, en cuanto a la cantidad, que regula el Convenio. Tampoco, concurriendo las mismas razones, el resto de los sujetos a los que el Convenio expresamente se refiere como excluidos de la eventual exigencia de responsabilidad civil. El dolo también impediría a estos beneficiarse del régimen del Convenio que prohíbe que pueda promoverse contra los mismos reclamación de indemnización, ajustada o no al Convenio, por los daños ocasionados por la contaminación¹⁰⁹.

Así, se podría considerar que (i) el Convenio regula la responsabilidad civil del propietario del buque pero que (ii) un aspecto de su régimen jurídico, el relativo a la limitación del importe de la indemnización, no así los demás, está condicionado a la ausencia de dolo del propietario. Este mismo hecho es la condición para que los sujetos no propietarios se puedan beneficiar de la prohibición de la exigencia de responsabilidad civil. Así pues, la existencia de dolo tiene unos importantes efectos liberatorios: respecto (i) del propietario el de la exclusión del beneficio del límite de la indemnización; y (ii) de los no propietarios, el de la exclusión de la prohibición de que contra ellos se pueda dirigir una reclamación de indemnización. En aquel caso, sólo excluye un aspecto del régimen, por lo que los demás, son exigibles al propietario.

C. LIMITACIÓN OBJETIVA EN RELACIÓN CON LOS DAÑOS CUBIERTOS

La responsabilidad sólo cubre ciertos daños¹¹⁰. El artículo I.6 del Convenio 1992 define los daños ocasionados por contaminación en los siguientes términos: «a) Pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho de-

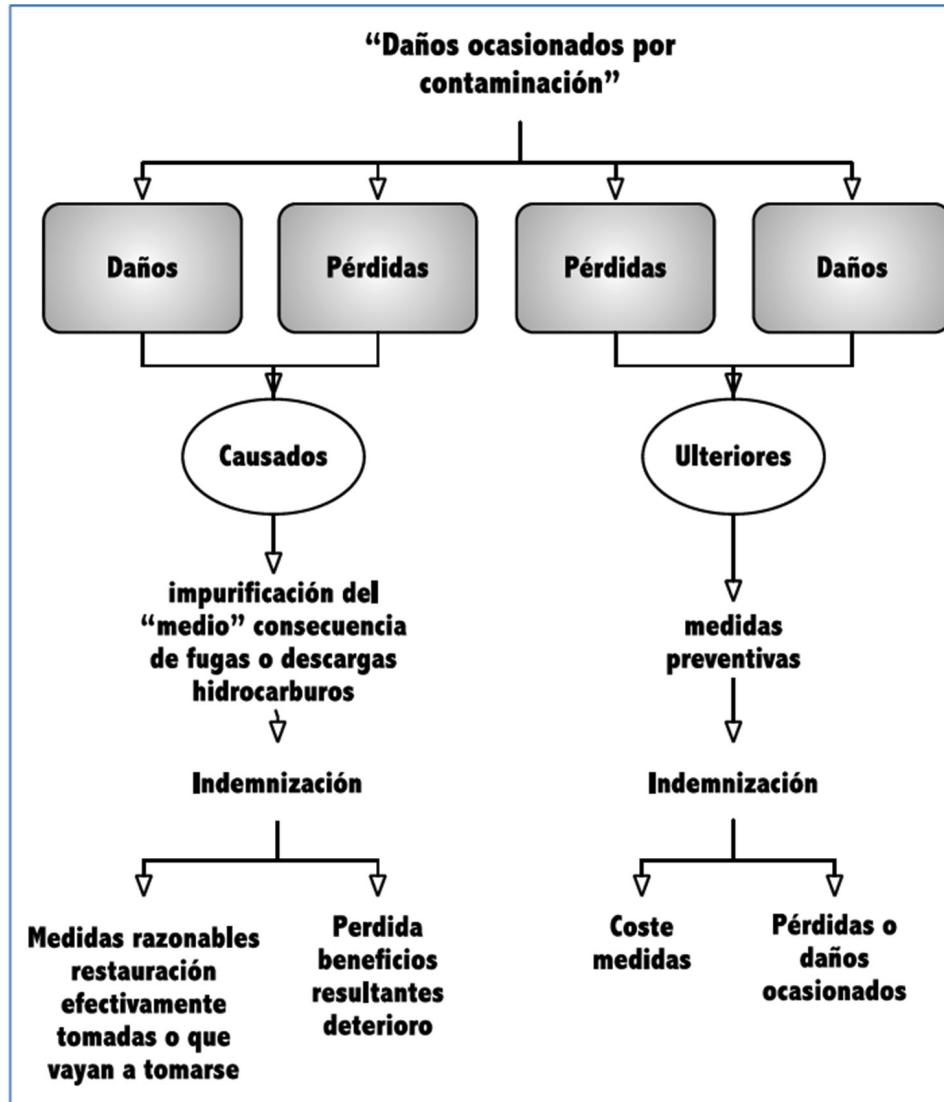
¹⁰⁸ HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 110 y ss. El dolo eventual concurre cuando la conducta del propietario es temeraria, o sea, cuando permite que el buque navegue a sabiendas de que probablemente se originarán los daños. Hay una voluntad de llevar a cabo la conducta, pero se entrega al azar la producción de los daños.

¹⁰⁹ HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 112.

¹¹⁰ HUERTA & RODRÍGUEZ (2004: 58-72) y RUDA (2007) han inventariado los daños y su resarcibilidad por el FIDAC.

terioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. [Y] b) El costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas.»¹¹¹.

Ilustración 6. Definición de daños según Convenio 1992



¹¹¹ JACOBSSON (2007).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

La definición del Convenio para determinar los daños cubiertos es muy estrecha. El artículo I.6 define los «daños ocasionados por la contaminación», a los que se extiende la responsabilidad, utilizando varias distinciones que son de imprescindible precisión. Por un lado, la diferencia entre daños y pérdidas; y, por otro, entre las «causas» del perjuicio.

En cuanto a la *primera*, aunque no es objeto de determinación por el Convenio, los daños son los efectos efectivamente producidos, con una consecuencia negativa, sobre el recurso, el denominado, genéricamente, «medio», fruto de cierto evento (el vertido o la prevención). En cambio, las pérdidas son las que afectan a los servicios prestados por el recurso. El objetivo, como resulta evidente, es cubrir tanto los daños, efectivamente producidos, en el recurso o medio, como los derivados de los servicios que no se pueden seguir prestando como consecuencia de la contaminación o de las medidas preventivas. En términos usuales, el Convenio cubriría tanto el daño emergente como el lucro cesante; tanto el daño como los beneficios/servicios dejados de percibir/prestar.

A su vez, la *segunda*, se refiere a las distintas causas de los daños y pérdidas. Pueden ser fruto del vertido al medio de los hidrocarburos o de las medidas de prevención adoptadas una vez el vertido se ha producido¹¹². La primera es la resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes del buque, dondequiera que se haya producido, en el medio o recurso correspondiente que, como se especifica, lo «impurifica», altera su «pureza», o sea, su estado natural. Es la causa física y jurídica del daño: el vertido descontrolado de los hidrocarburos transportados. En cambio, la segunda causa procede de las medidas de prevención o, para ser más exacto, de evitación, una vez el vertido se ha producido. Estas pueden ser, incluso, tanto o más dañinas que el vertido mismo, es el caso, por ejemplo, de los dispersantes que pueden ser muy perjudiciales para la fauna y la flora.

¹¹² Es significativo que, en la Legislación de responsabilidad ambiental, tanto la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental, como la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, distingue entre medidas de prevención y de evitación. La primera es «aquella 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.» En cambio, la «evitación de nuevos daños» es «aquella 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.» A su vez, ambas se distinguen de las de reparación, definidas como «toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el anexo II.» En puridad, las medidas que el Convenio identifica como de prevención, definidas, en el artículo I.7, son las que la legislación europea de responsabilidad denomina de evitación. Es más, me parece más correcto este término.

En consecuencia, como queda representado en el gráfico, podemos identificar dos «tipos» de «daños ocasionados por contaminación» objeto de cobertura por la responsabilidad regulada por el Convenio. Por un lado, los daños y las pérdidas causadas por el vertido. Y, por otro, los daños y las pérdidas causados por las medidas de evitación. En función del tipo, el alcance de la indemnización es distinto, aunque muy próximo. En el primero, cubre el coste de las medidas de reparación como la pérdida de los beneficios. Y, en el segundo, el coste de las medidas de evitación (prevención), como los daños y las pérdidas producidas por tales medidas.

Esta exposición pone de manifiesto dos importantes limitaciones: (i) la relativa al medio contaminado que es aquél en el que se produce el vertido y que queda «impurificado»; y (ii) los daños objeto de compensación son los que pueden ser restaurados, además, de manera efectiva y los que puedan ser prevenidos, igualmente, de manera efectiva. Los daños se valoran, por consiguiente, en atención a los costes de restauración y los de prevención. Se incluyen las pérdidas de beneficios resultantes del deterioro (causados por el vertido o por las medidas de evitación). Se ciñen al daño emergente y al lucro cesante como consecuencia de la fuga o descarga, en cualquier lugar, de los hidrocarburos procedentes del buque.

Las tres ideas fuerzas, por lo tanto, son (i) que el daño pueda ser objeto de restauración o de prevención; (ii) que el importe de la indemnización se calibra, limita o circunscribe al importe de las medidas de restauración y prevención adoptadas de manera efectiva; y (iii) que cabe la indemnización de las pérdidas (lucro cesante) derivadas de los beneficios dejados de percibir como consecuencia del deterioro o de las medidas de evitación.

Una manera de superar estas limitaciones podría encontrarse en la interpretación que hace el FIDAC¹¹³ del Convenio con la finalidad de alcanzar la reparación íntegra de todos los daños. En definitiva, superar la limitación a ciertos daños (los reparables) y ciertos beneficios, relativos al «medio» en el que el vertido se produce.

El Convenio 1992 incluye, en la definición de daños, tanto medidas de restauración como de prevención (evitación)¹¹⁴. El mayor problema jurídico se

¹¹³ Manual de reclamaciones del FIDAC, disponible en http://www.iopcfunds.org/uploads/txt_iopcpublications/Manual_de_reclamaciones.pdf. En relación con lo que ahora nos interesa, Manual de reclamaciones del FIDAC, págs. 14 y ss., sección 1.4 se da respuesta a la pregunta «¿Qué tipos de daños están cubiertos?»

¹¹⁴ En relación con las *medidas preventivas*, en el Manual se especifica lo siguiente.

«1.4.5 Se indemniza por el coste de las medidas razonables de limpieza y otras medidas tomadas para evitar o reducir al mínimo los daños por contaminación en un Estado Parte, dondequiera que se tomen esas medidas. Por ejemplo, si se toman medidas ante un derrame en alta mar o en las aguas territoriales de

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

plantea en relación con las primeras. La cuestión versa sobre el alcance de la «reparación» en relación, por lo que ahora nos interesa, los daños ambientales. Los daños patrimoniales no suscitan singulares problemas, más allá de su acreditación o prueba¹¹⁵. En cambio, los ambientales plantean otros, tanto de concepto (qué daños quedan cubiertos), como de prueba o acreditación (cómo se valoran y, además, de manera que pueda probarse que esa valoración es la correcta)¹¹⁶. El FIDAC aclara que «se indemniza por los costes de las medidas razonables de restauración destinadas a acelerar la regeneración natural del

un Estado que no es Parte en los Convenios a fin de evitar o reducir los daños por contaminación en el mar territorial o la ZEE de un Estado Parte, el coste de las medidas daría derecho en principio a una indemnización. Los gastos por medidas preventivas son recuperables incluso si no ocurre ningún derrame de hidrocarburos, siempre que haya una amenaza grave e inminente de daños por contaminación.

1.4.6 Se indemnizará también por los costes razonables asociados a la captura, limpieza y rehabilitación de la fauna salvaje, en particular aves, mamíferos y reptiles.»

¹¹⁵ Son los «daños materiales» a los que se refiere el Manual en los siguientes términos:

«1.4.7 Se indemniza por los costes razonables de la limpieza, reparación o reposición de bienes que hayan sido contaminados por hidrocarburos.

Pérdidas consecuentes 1.4.8 Se indemniza por las pérdidas de ingresos sufridas por los propietarios de bienes contaminados por hidrocarburos como resultado de un derrame (pérdidas consecuentes). Un ejemplo de pérdida consecuente es la pérdida de ingresos de los pescadores como resultado de la contaminación de sus redes con hidrocarburos, lo cual les impide pescar hasta que se limpian o se repongan las redes.

Pérdidas puramente económicas 1.4.9 En determinadas circunstancias, también se indemniza por las pérdidas de ingresos debidas a la contaminación por hidrocarburos sufridas por personas cuyos bienes no han resultado contaminados (pérdidas puramente económicas). Por ejemplo, a los pescadores cuyas redes no han quedado contaminadas puede de todos modos resultarles imposible pescar porque la zona del mar en que faenan normalmente está contaminada y no pueden pescar en otra parte. De igual forma, el propietario de un hotel o de un restaurante situado cerca de una playa pública contaminada puede sufrir pérdidas de ingresos porque el número de clientes desciende durante el período de la contaminación.

1.4.10 También puede que se indemnice por los costes de las medidas razonables, como las campañas de comercialización, destinadas a impedir o reducir las pérdidas económicas contrarrestando los efectos negativos que puedan derivarse de un siniestro de contaminación importante.

Utilización de modelos económicos 1.4.11 Cuando se presentan pruebas documentales insuficientes en apoyo de una reclamación y no está justificado pedir o esperar información adicional, podrá pagarse indemnización basándose en una estimación de las pérdidas calculadas a partir de un modelo económico reconocido y fiable. Todo modelo económico debe derivarse de datos reales estrechamente asociados con la pérdida reclamada y tomados del sector o industria pertinente. El Fondo y sus peritos examinarían cuidadosamente el modelo para cerciorarse de que los datos utilizados, los supuestos adoptados y el método de cálculo fuesen válidos.»

¹¹⁶ En relación con los *daños al medio ambiente*, en el Manual se especifica lo siguiente:

«1.4.12 Se indemniza por los costes de las medidas razonables de *restauración* destinadas a acelerar la *regeneración* natural del medio dañado. Puede que se contribuya a los costes de los estudios posteriores al derrame siempre que estos se refieran a daños comprendidos dentro de la definición de daños ocasionados por contaminación en virtud de los Convenios, incluidos los estudios para *establecer* la naturaleza y magnitud de los daños al medio ambiente causados por un derrame de hidrocarburos y para determinar si son necesarias y factibles las medidas de restauración.

1.4.13 No se indemniza respecto de reclamaciones por daños al medio ambiente basadas en una cuantificación abstracta calculada conforme a modelos teóricos. Tampoco se indemniza por los daños de carácter punitivo en función del grado de culpa del infractor.»

medio dañado.»¹¹⁷ Los daños ambientales están incluidos si cabe la restauración o regeneración. Y estos costes sí serán indemnizables¹¹⁸. El objetivo de «cualesquiera medidas razonables de restauración debe ser [según reconoce el FIDAC] restablecer una comunidad biológica en la que los organismos característicos de esa comunidad en el momento del siniestro estén presentes y funcionen normalmente.» El único criterio es que los daños puedan ser compensados por la vía de una indemnización que cubra los gastos de restauración. El objetivo es el de la restauración o regeneración del medio: «restablecer [la] comunidad biológica».

Hay dos objeciones posibles. En *primer* lugar, el Convenio FIDAC 1992 reconoce que hay «daños ocasionados por contaminación» que, sin embargo, no están cubiertos por el Convenio 1992 pero cuya compensación el Convenio FIDAC pretende obrar. Esto es posible en el marco de la función de «comple-

¹¹⁷ Manual de reclamaciones del FIDAC, pág. 14, sección 1.4.12.

¹¹⁸ En el Manual de reclamaciones del FIDAC, pág. 39, se especifica cuáles son los gastos indemnizables bajo este concepto:

«3.6.3 En la mayoría de los casos, un derrame importante de hidrocarburos no causará daños permanentes al medio marino, debido a que este tiene un gran potencial para la *regeneración* natural. Aunque hay límites en cuanto a las medidas que pueden tomarse para mejorar los procesos naturales, en algunas circunstancias es posible reforzar la rapidez de la *regeneración* natural después de un derrame de hidrocarburos con medidas de restauración razonables. Se aceptará la indemnización por los costes de tales medidas en determinadas condiciones.

3.6.4 En vista de que resulta prácticamente imposible restituir el lugar dañado al mismo estado ecológico que hubiera existido de no haber ocurrido el derrame de hidrocarburos, el objetivo de cualesquiera medidas razonables de restauración debe ser *restablecer* una comunidad biológica en la que los organismos característicos de esa comunidad en el momento del siniestro estén presentes y funcionen normalmente. Las medidas de restauración adoptadas a cierta distancia, pero dentro de las proximidades de la zona dañada, pueden ser aceptables, siempre que se pueda demostrar que efectivamente refuerzan la *regeneración* de los elementos dañados del medio. Ese vínculo entre las medidas y los elementos dañados es esencial para la coherencia con la definición de daños por contaminación recogida en los Convenios de 1992.

3.6.5 Además de satisfacer los criterios generales en cuanto a la aceptación de las reclamaciones de indemnización expuestos en la sección 2, las reclamaciones por los costes de las medidas de restauración del medio solo darán derecho a indemnización si se cumplen los siguientes criterios:

- Debe ser probable que las medidas aceleren considerablemente el proceso natural de regeneración.
- Debe procurarse que las medidas prevengan nuevos daños como resultado del siniestro.
- Las medidas no deben, dentro de lo posible, entrañar el deterioro de otros hábitats o consecuencias adversas para otros recursos naturales o económicos.
- Las medidas deben ser técnicamente factibles.
- Los costes de las medidas deben ser proporcionales a la magnitud y duración de los daños, y los beneficios que sea probable obtener.

3.6.6 Las reclamaciones se evalúan a partir de la información disponible cuando se emprendieron las medidas de restauración. Se indemniza solamente por las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. Las reclamaciones por pérdidas económicas resultantes de daños al medio ambiente que se puedan cuantificar en términos monetarios se evalúan de manera similar a otras reclamaciones por pérdidas económicas.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

mentar» que aquel Convenio se reconoce respecto de éste¹¹⁹. El objetivo es garantizar la plenitud de la indemnización a las víctimas de los daños; es uno de los fines: «indemnizar a las víctimas de los daños ocasionados por contaminación en la medida en que la protección establecida por el Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, resulte insuficiente» (art. 2.1.a). El Convenio se aplica, exclusivamente, a «los daños ocasionados por contaminación» (art. 3.1). Y se especifica que «para el logro de la finalidad que se le asigna en el artículo 2, párrafo 1 a), el Fondo indemnizará a toda persona que sufra daños ocasionados por contaminación si, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Responsabilidad Civil, 1992, esa persona no ha podido obtener una indemnización plena y adecuada de los daños porque ... de los daños ocasionados no nazca responsabilidad con arreglo al Convenio de Responsabilidad Civil, 1992» (art. 4.1.a). Y se añade un gasto no expresamente incluido entre los cubiertos por el Convenio 1992: «Los gastos que razonablemente haya tenido el propietario o los sacrificios razonable y voluntariamente realizados por éste para evitar o reducir al mínimo los daños ocasionados por contaminación se considerarán como daños ocasionados por contaminación, a los fines del presente artículo.»

Por lo tanto, el Convenio FIDAC 1992 reconoce que existen daños ocasionados por contaminación que no necesariamente están cubiertos por el Convenio 1992 e, incluso, especifica aquellos que no estando incluidos entre los del artículo I.6 Convenio, sí que los considera incluidos entre los que el Fondo pasa a compensar. En definitiva, el concepto «daños ocasionados por contaminación» no tiene el mismo alcance en el Convenio de 1992 y en el Convenio FIDAC 1992. El significado que tiene en el éste y, por consiguiente, la interpretación que el FIDAC hace, no, necesariamente, conduce a que sea considerada la interpretación plausible en el ámbito del Convenio 1992. No hay una relación mecánica entre los dos Convenios. Precisamente, porque no la hay, el Convenio FIDAC 1992 puede «complementar» al Convenio 1992. Lo complementa en aquello que éste no alcance. Y lo complementa, también, en relación con los daños cubiertos.

La diferencia entre los dos Convenios no es baladí. Tiene una consecuencia que es relevante: mientras que la responsabilidad del propietario, una vez apreciada la voluntariedad, en los términos del Convenio 1992 (art. V.2), no está sometida a límites en cuanto a la indemnización, la responsabilidad cu-

¹¹⁹ En el Convenio se formula la siguiente declaración inicial: «Convencidos de la necesidad de crear un sistema de compensación e indemnización que *complemente* el establecido por el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos para asegurar una *plena indemnización* a las víctimas de los daños de la contaminación, y exonerar al mismo tiempo al propietario de las obligaciones financieras supplementarias que le impone dicho Convenio.»

bierta por el FIDAC, sí. Se podría producir la circunstancia, no menor, como digo, de que el Fondo cubra unos daños ambientales, pero en una cantidad insuficiente. En cambio, el Convenio 1992, no aprecia dichos daños, que, en cambio, podría compensar otros de manera ilimitada. El cómo los interpreta el Convenio, tiene la consecuencia de confinar la indemnización, inicialmente, como digo, ilimitada. En otros términos, el Convenio 1992 es ilimitado en cuanto a la indemnización, pero limitado en cuanto a los daños indemnizables.

Y, la *segunda*, se podría argumentar que, incluso, asumiendo la definición amplia del FIDAC, no están cubiertos todos los daños ambientales. La idea o criterio central, como queda manifiesto en el Manual del FIDAC, es el de la restauración. Que los recursos naturales afectados por la contaminación «recuperen», incluso, su estado anterior; restablecer, regenerar, son los términos utilizados. Hay dos limitaciones importantes: la primera, que se refieren a «recursos», no al ecosistema o a la Naturaleza y, la otra, que no contempla las pérdidas derivadas de los daños sufridos por tales recursos.

En cuanto a la *primera*, que sólo sean los daños sufridos por los recursos, tiene, como se analizará más adelante, importantes consecuencias. El Código penal contempla, en cambio, en la estructura del tipo del artículo 325, que el daño lo sufre lo que denomina como el «equilibrio de los sistemas naturales»¹²⁰. Que los daños compensables sean sólo los que sufren los recursos y no el ecosistema, sistema natural o Naturaleza, supone una grave limitación en comparación con la protección dispensada por nuestro Derecho.

Una derivada, no menor, que igualmente marca las distancias entre el Convenio y el Código penal es la relativa a los daños morales. En ningún caso, el Convenio contempla que sean resarcibles estos daños. En cambio, el Código sí los incluye. No son, en los términos del Convenio 1992, daños ocasionados por contaminación. Se prevén, como se ha expuesto, las pérdidas o los daños. Las pérdidas son las relativas a los beneficios que se han dejado de obtener como consecuencia del deterioro o daño de los recursos. Los daños morales no encajan en esta definición¹²¹.

¹²⁰ En el momento del vertido procedente del Prestige, la redacción era más confusa que en la vigente en la que la alteración del equilibrio de los sistemas naturales constituye un tipo propio, el del segundo apartado del artículo 325 CP, asociado, lógicamente, al del primer apartado. En todo caso, perjudicar gravemente el equilibrio es una pieza de la tipificación penal.

¹²¹ Como ha recordado el Tribunal Supremo, Sala 2, en la Sentencia de 14 de junio de 2016, con cita de la Sentencia 24.3.97, que «no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

En cuanto a la *segunda*, no contempla las «pérdidas» consecuencia de la ausencia de beneficios durante el tiempo que los recursos estuvieron dañados. Los daños ambientales tienen dos coordenadas que he intentado explicar con anterioridad: la primera es la relativa al «objeto» que no se circunscribe a una parte de la Naturaleza, como son los recursos y, por otro, que los recursos y la Naturaleza tienen un «uso» por los seres humanos cuya privación, durante el tiempo que han sido dañados, también debe ser compensado, en particular, las pérdidas de sostenibilidad que afectan a las generaciones futuras¹²². Dos dimensiones que, incluso, el Manual del FIDAC silencia.

Es ilustrativo que tiene en cuenta las pérdidas asociadas a los bienes patrimoniales, pero no a los ambientales¹²³. Durante el tiempo que transcurre entre la producción del daño y el momento en que el recurso queda recuperado, restablecido o regenerado (por utilizar la terminología del Manual), se le han producido a los seres humanos unas pérdidas de uso o beneficios que no son contempladas por el FIDAC, incluso, insisto, en la interpretación extensiva que hace respecto de lo que dispone el Convenio 1992. En el Manual se cierra el paso a estas consideraciones cuando se afirma que «no se indemniza respecto de reclamaciones por daños al medio ambiente basadas en una cuantificación abstracta calculada conforme a modelos teóricos». Aquí está la cláusula de cierre que impide el acceso de este tipo de daños al régimen de responsabilidad civil contemplado y regulado en el Convenio 1992. Es un problema que, como he expuesto, es estructural¹²⁴. Nuestro Derecho de daños tiene dificultades para aceptar valoraciones no basadas en el mercado. Y éste sólo entiende

¹²² Los seres humanos en dos dimensiones igualmente relevantes. Tanto los que hoy, en la actualidad, pueden disfrutar los recursos, pero también los efectos que el daño sufrido por los recursos, en tanto que no puedan recuperar el estado anterior al daño, respecto de las generaciones futuras. Esta dimensión tiene cada vez más importancia. Es la asociada a la sostenibilidad. En tanto en cuanto el daño afecte a la sostenibilidad del recurso, está proyectando unas pérdidas sobre las generaciones futuras. Estas pérdidas en términos de sostenibilidad también deberían ser atendidas.

¹²³ En los apartados 1.4.7 a 1.4.10 se detalla qué se entiende por tales pérdidas. El apartado 1.4.9 está dedicado a lo que denomina «Pérdidas puramente económicas», en los siguientes términos: «En determinadas circunstancias, también se indemniza por las pérdidas de ingresos debidas a la contaminación por hidrocarburos sufridas por personas cuyos bienes no han resultado contaminados (pérdidas puramente económicas). Por ejemplo, a los pescadores cuyas redes no han quedado contaminadas puede de todos modos resultarles imposible pescar porque la zona del mar en que faenan normalmente está contaminada y no pueden pescar en otra parte. De igual forma, el propietario de un hotel o de un restaurante situado cerca de una playa pública contaminada puede sufrir pérdidas de ingresos porque el número de clientes desciende durante el período de la contaminación.»

¹²⁴ El cálculo de estos se ha calificado de especulativo. Los métodos como el de la predisposición a pagar para evitar o proteger el medio de la contaminación ofrece una cantidad que es siempre discutible. Más problemática es deducir que la disposición de los entrevistados a pagar es un dato que permita cuantificar los daños ambientales. No se trata de todos los daños ambientales sino el beneficio pasivo de los recursos naturales no dañados. Estos beneficios, como digo, se perdieron con la contaminación. Esta pérdida se pretende indemnizar con el cálculo que se ha realizado aplicando la técnica indicada. Es discutible.

de bienes apropiables. ¿Cómo valorar aquello que no es apropiable? ¿Cómo valorar las utilidades que para los seres humanos supone el uso y disfrute de los recursos naturales? ¿Cómo valorar sus pérdidas? Las únicas pérdidas, y, además, de beneficios, son las de los bienes patrimoniales. No hay pérdidas de utilidades cuando se trata de los ambientales. Es una grave limitación¹²⁵.

D. LIMITACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

La indemnización está limitada a cierta cantidad; no tiene porqué cubrir la totalidad de los daños producidos. Es una gravísima restricción que merece

El problema jurídico añadido que plantea es que su falta de aceptación siembra de dudas todo el cálculo de los daños ambientales. El problema de estos no es su admisión como su cuantificación.

¹²⁵ Los efectos ambientales que tuvo el vertido producido por el hundimiento del Prestige fueron, según el pormenorizado relato que consta en el Escrito de acusación del Fiscal de 2 de junio de 2010 presentado en el proceso penal en el que se ventilan en primera instancia las consecuencias del Prestige, los siguientes:

1) Efectos sobre las costas (el dominio público marítimo terrestre).

2) Efectos sobre los Espacios Naturales Protegidos: Parques nacionales (Parque Nacional de las Islas Atlánticas), espacios de interés comunitario (Red Natura 2000).

3) Efectos sobre la biodiversidad de la zona afectada.

4) Efectos sobre la fauna y la flora especialmente protegida. En el escrito de acusación de la Fiscalía se afirma: «se ha producido un impacto importante sobre 6 especies incluida en el anexo II de la Directiva Hábitat (dos de flora y el resto fauna), y dos especies de aves que se encuentran en peligro de extinción en la Península Ibérica (Arao común Uria aalge y la Gaviota tridáctila Rissa tridactyla)». En cuanto a la avifauna, en el escrito de la fiscalía se afirma: «más de 90 especies de aves en las costas de la península Ibérica y del SO de Francia. La cifra total estimada de aves afectadas por el accidente del Prestige se situaría, según estas estimas, entre 150.000 y 600.000 aves». Por último, la fauna (focas, nutrias, tortugas, cetáceos [delfines], ...). En el escrito de la fiscalía se puede leer: «se estima que la mortalidad de cetáceos, focas, tortugas y nutrias pudiera estar entre 720 y 870 ejemplares afectados. En mayor medida serían las tortugas marinas (714 ejemplares), después los cetáceos (entre 43 y 85 ejemplares), luego las nutrias (42 ejemplares) y finalmente las focas (entre 21 y 28 ejemplares), y es posible que alguna ballena (por ser filtradores)».

5) Efectos sobre las actividades humanas en la zona (pesca, marisqueo, piscifactorías, ...), transporte marítimo, así como el turismo y las actividades recreativas.

6) Efectos sobre las infraestructuras de la zona.

7) Efectos sobre propiedades de la zona (barcos de pesca, redes, ...)

Unos efectos directos e indirectos, cuya prolongación en el tiempo se extiende a medio y largo plazo más allá del impacto inmediato. Este conjunto de efectos y sus características han sido cuantificados, según la Fiscalía, utilizando los criterios que se exponen en el Escrito de acusación: «La estimación de los costes económicos globales ocasionados por el hundimiento del buque Prestige supone el cómputo de los servicios ecosistémicos perdidos debido a dicha catástrofe; reflejando su impacto económico en la actividad pesquera y de transformación de materias primas; la actividad turística y recreativa; y pérdidas derivadas del sector del transporte marítimo. Además de estas pérdidas económicas se han incluido aquellas derivadas de la limpieza y regeneración de los ecosistemas dañados. Finalmente, con el fin de computar los daños ambientales ocasionados por la catástrofe ambiental se han obtenido datos directos de una muestra representativa de la población española. La suma total de las pérdidas computadas en todos epígrafes anteriores refleja el valor económico total perdido debido a dicha catástrofe, estimado principalmente en el corto plazo.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

la crítica. Carece de justificación, como lo demuestra la legislación norteamericana (*Oil Pollution Act de 1990*) que no la admite¹²⁶. El importe de la indemnización está fijado en función del tonelaje del buque. El artículo V.1 enumera los criterios para el cálculo. La aplicación de los criterios recogidos en dicho precepto al buque «Prestige», y tomando en consideración su tonelaje de arqueo, se estima que el límite máximo de la indemnización ascendería a poco más de 20 millones¹²⁷.

Esta limitación queda enervada, en los términos del propio Convenio 1992, si el propietario actúa de manera dolosa o culposa. El artículo V.2 Convenio dispone que «el propietario no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.» En consecuencia, la acreditación del grado voluntariedad, aún cuando sea el mínimo, tiene una extraordinaria importancia en orden a vencer esta restricción.

En el caso Prestige, una vez apreciada por el Tribunal Supremo la responsabilidad penal del capitán, se rompe la limitación por el mismo efecto o aplicación del Convenio. Por esta razón era tan esencial que se depurasen penalmente las responsabilidades. El Tribunal Supremo, como se expondrá, entendió que el propietario actuó con una grave irresponsabilidad por lo que no puede beneficiarse de la limitación establecida por el Convenio.

E. CONCLUSIONES

Las limitaciones del Convenio 1992 conducen a un resultado inicial que impide la reparación íntegra de todos los daños producidos por el Prestige. No da la debida satisfacción al principio «quien contamina paga». Un principio que, como ha quedado expuesto, es de naturaleza constitucional, consagrado,

¹²⁶ HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 106.

¹²⁷ Según los cálculos académicos ascendería a unos 24 millones de euros (HUERTA & RODRÍGUEZ, 2004: 107). La Sentencia de la Audiencia provincial reconoce que el fondo constituido por la aseguradora del buque estaba limitado a la cantidad de 22 millones. En la Sentencia se puede leer textualmente: «La entidad aseguradora: Steam Ship Owners Mutual Insurance Association (The London P&I Club), constituyó un fondo de limitación de responsabilidad ex CDC 92, por importe de 22.777.986 euros para su distribución a prorrata entre las indemnizaciones aceptadas, suma que se tuvo por consignada en el Juzgado de Instrucción en fecha 16/06/2003 (Folio 22 del Tomo 1 de la Pieza de Responsabilidad Civil, estableciendo el CLC92 en su art. 7.9 una obligación rígida respecto al destino de estos depósitos y/o consignaciones.»

como ya ha sido expuesto, en el artículo 191.2 TFUE. Es el objetivo a conseguir. No resultaría jurídicamente admisible que se viese impedido por unas disposiciones, en este caso, contenidas en el Convenio de 1992. Que éste lo impida no puede imposibilitar que el objetivo prescrito en el indicado principio se pueda alcanzar mediante la exigencia de responsabilidad conforme a otras normas del ordenamiento jurídico, en particular, por lo que ahora nos interesa, los Códigos civil y penal.

V

LA SUPERACIÓN, EN EL CASO PRESTIGE, DE LAS LIMITACIONES DEL CONVENIO. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, al revocar la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, se enfrentó al problema, por exigencia del Código Penal (art. 110), de cómo hacer realidad el objetivo de la plena restauración; un objetivo, no se puede olvidar, fruto del principio constitucionalizado «quien contamina paga» (art. 191.2 TFUE). Para alcanzar este objetivo el Tribunal debía superar las limitaciones del Convenio 1992, aunque, a dicho Convenio, paródicamente, se debía ajustar precisamente la responsabilidad exigida. Una contradicción que está en el corazón mismo de la cuestión a la que se enfrenta el Tribunal en el asunto Prestige: ¿cómo satisfacer la responsabilidad según el Convenio sin sujetarse al Convenio?

El Tribunal afirma, como no podía ser de otra manera, que la pretensión de la responsabilidad civil por los daños del vertido ha de resolverse conforme a la legislación civil reguladora de la responsabilidad denominada, precisamente, civil. Como recuerda:

«la jurisprudencia más reciente considera que, salvo en caso de contradicción con alguna previsión específica de la normativa contenida en el Código Penal, el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada de delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable (entre otras SSTS 298/2003 de 14 de marzo; 936/2006 de 10 de octubre; 108/2010 de 4 de febrero; 357/2013 de 29 de abril; 64/2014 de 11 de febrero; 212/2015 de 11 de junio o 778/2015 de 18 de noviembre). Cierto es que el artículo 1092 CC establece que las obligaciones civiles que surjan de los delitos se regirán por las disposiciones del Código Penal, pero también lo es que el artículo 109 de este último remite, en lo concerniente a la repa-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

ración de los daños y perjuicios derivados de la ejecución de un hecho delictivo, a “los términos previstos en las leyes”, es decir a las que regulan la materia de que se trate.»

En el caso Prestige, esta legislación es la del Convenio 1992; es la legislación que regirá las obligaciones civiles surgidas de los delitos. Pero para llegar a la conclusión de que el responsable del delito, el capitán, en definitiva, debe, a su vez, responder por (todos) los daños ocasionados, se debe superar, paradójicamente, los estrechos límites del Convenio para, una vez superados, hacer responsable al propietario, en virtud del Convenio, para, a continuación, extender la responsabilidad del propietario más allá de los límites del mismo Convenio. Como se puede comprobar, es una operación de ida y vuelta, en relación con la aplicación y, consiguiente, sujeción al Convenio 1992, que merece un esfuerzo explicativo, en clave dogmática, muy superior al desplegado por el Tribunal Supremo.

A. SUPERACIÓN DE LA LIMITACIÓN SUBJETIVA. LA RESPONSABILIDAD DEL CAPITÁN. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL PROPIETARIO

La primera tarea con la que se enfrenta el Tribunal Supremo es la de vencer la limitación subjetiva del Convenio 1992. Como recuerda, el Convenio establece una responsabilidad que responde a las siguientes características: (i) es *limitada* en virtud de un sistema mixto que tiene en cuenta el desplazamiento o unidades de arqueo del buque multiplicadas por el coeficiente de unidades de cuenta (derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional) hasta un tope máximo infranqueable; (ii) es de carácter *objetivo* y *obligatorio* que responde al principio «quien contamina paga»; (iii) es *exclusiva* porque no puede efectuarse ninguna reclamación de indemnización por daños por contaminación marítima por hidrocarburos salvo de acuerdo con lo dispuesto en el mismo (art. III.4); y (iv) es *excluyente* porque sólo podrá exigirse responsabilidad por esta clase de daños al propietario del buque.

1. Responsabilidad civil del capitán excluida del Convenio

El carácter *excluyente* de la responsabilidad regulada por el Convenio, en los términos expuestos, conduce a que no se podría exigir responsabilidad alguna al personal dependiente del propietario del buque. Sólo, como

digo, a dicho propietario. Siendo así que la responsabilidad penal se ha apreciado respecto de dicho personal, en particular, el capitán, como he comentado, se produciría el contrasentido de que (i) hay responsabilidad penal, pero (ii) no se podría exigir responsabilidad civil porque la legislación aplicable no lo contempla. Una contradicción tan flagrante, que no sería admisible. En todo caso, el mismo Convenio, por obra del Protocolo del año 1992 que lo modificó, introdujo un importante cambio en este aspecto central. El apartado 4 del artículo III¹²⁸ asumió una nueva redacción, en los siguientes términos:

«4. No podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al presente Convenio. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5 del presente artículo¹²⁹, *no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación, contra:*

- a) los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes;
- b) el práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios para el buque;
- c) ningún fletador (como quiera que se le describa, incluido el fletador del buque sin tripulación), gestor naval o armador;
- d) ninguna persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente;
- e) ninguna persona que tome medidas preventivas;
- f) ningún empleado o agente de las personas mencionadas en los subpárrafos c), d) y e);

a menos que los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.»

Por lo tanto, se podrá promover reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación contra los empleados o agentes del propietario o los tripulantes, cuando «los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente

¹²⁸ El Tribunal se equivoca en la cita del precepto, siendo el correcto el aquí indicado.

¹²⁹ La reserva contenida en el citado apartado 5 del artículo III dispone lo siguiente: «Ninguna disposición de este Convenio limitará el derecho que ampare al propietario para interponer recurso contra terceros.» Por lo tanto, se está reservando el derecho del propietario para reclamar contra el personal al que se refiere el apartado 4 del artículo 3.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

se originarían tales daños». Se trata, como afirma el Tribunal, de una «excepción» al carácter excluyente del Convenio. El requisito esencial es el cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula final del artículo III.4. La sujeción de la conducta de empleados y agentes del propietario al Convenio 1992 en relación con la producción del daño lo es, paradójicamente, a los efectos de no impedir que la exigencia de la responsabilidad se pueda producir fruto de otra legislación. Cae dentro del ámbito objetivo y subjetivo del Convenio, al autorizar la exigencia de la responsabilidad, pero sólo a los efectos de hacer posible su exigencia conforme a la legislación que corresponda, incluso, una distinta al mismo Convenio.

El Tribunal se plantea dos cuestiones jurídicas. La primera, cómo interpretar la regla expuesta y, la segunda, si encaja, en la misma, la conducta del capitán que ha sido calificada como delictiva, en los términos que ya conocemos. La primera se ha de resolver conforme a la legislación y doctrina civilistas. Se trata del ámbito de la responsabilidad civil y es el Derecho civil el que debe resolver el interrogante. La cuestión interpretativa afecta a la expresión «temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarán [los] daños». El Tribunal entiende que se refiere al actuar imprudente. En otros términos, la expresión del Convenio es equivalente al actuar imprudente del Derecho civil de daños: la imprudencia temeraria. La imprudencia que, en el ámbito del Derecho penal, según la jurisprudencia citada¹³⁰, es la grave: imprudencia grave. Ésta es la que «“ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad” (STS 1823/2002), o como la que supone un “olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado” (STS 537/2005)».

A este requisito, el Convenio añade otra condición, «a sabiendas de que probablemente se causarían» [los daños]. El Tribunal considera que este añadido es:

[compatible] «con la noción de delito imprudente en la variante de culpa consciente, es decir, aquella en la que el peligro se ha previsto como posible, y se confía en su no producción. El límite entre la elevada probabilidad de ocasionar el resultado lesivo y la mera posibilidad de que se produzca que, en principio, establecería un primer criterio delimitador entre el dolo eventual y la culpa consciente (entre otras SSTS 546/2012 de 25 de junio y 802/2010 de 17 de septiembre) no puede desvincularse en la interpretación que nos ocupa del comportamiento temerario al que se acumula».

¹³⁰ El Tribunal relaciona, entre otras muchas SSTS 1082/1999, de 28 de junio; 1185/1999, de 12 de julio; 1111/2004, de 13 de octubre; 992/2013 y 997/2013, de 20 y 19 de diciembre.

Por lo tanto, el régimen de responsabilidad civil del Convenio 1992 quedaría enervado, como dispone el artículo III.4, en lo relativo a la prohibición de la prosperabilidad de cualquier reclamación contra los empleados del propietario (en este caso, el capitán), por los daños producidos, cuando hubiesen actuado con imprudencia grave, lo que supone, por un lado, «la vulneración de las “más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad” (STS 1823/2002), o... un “olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado” (STS 537/2005)» y, por otro, la «culpa consciente», o sea, el peligro se ha previsto como posible, y se confía en su no producción. Estos dos requisitos están presentes en la responsabilidad penal del capitán. El Tribunal afirma lo siguiente:

«Aplicado lo expuesto al presente caso, hemos considerado al acusado Apostolos Ioannis Mangouras [capitán del buque Prestige] autor de un delito *imprudente* contra el medio ambiente determinante de los daños producidos a consecuencia del vertido de la carga que transportaba el buque Prestige. Una imprudencia que hemos calificado de *grave*, lo que es requisito del tipo penal que aplicamos, y en cuyo desarrollo el acusado hubo de prever y representarse el riego que generaba su comportamiento y que se concretó en los daños producidos, *lo que permite entender que el mismo causó los mismos temerariamente, a sabiendas de que probablemente se producirían*. Es decir, *en condiciones que dejan sin efecto respecto a él la exención de responsabilidad civil que prevé entre otros para el capitán el artículo 5.3¹³¹ del CLC92 al concurrir la excepción prevista en el mismo, por lo que de conformidad con el artículo 116 CP, la responsabilidad civil que le incumbe habrá de fijarse en relación a la totalidad de daños y perjuicios causados, en las condiciones que se especificaran.*»

El razonamiento jurídico es el siguiente: (i) se necesita un comportamiento imprudente grave para enervar el régimen de responsabilidad civil del Convenio; (ii) el capitán tuvo tal comportamiento como lo acredita que haya sido condenado por delito imprudente contra el medio ambiente; en consecuencia, (iii) queda enervado dicho régimen por lo que se le pasa a aplicar el régimen general que no es otro que el de la responsabilidad por la totalidad de los daños y perjuicios causados (art. 116 CP). La enervación de la aplicación del Convenio trae como consecuencia que los empleados considerados responsables penales de los delitos expuestos se les habrá de aplicar el régimen general de responsabilidad civil, sin beneficiarse de limitación alguna u otra singularidad contemplada en el Convenio. La responsabilidad civil del capitán Mangouras es la general, no la especial del Convenio.

¹³¹ Como he señalado, la referencia exacta es al artículo 3.4 del Convenio, en la redacción dada por el ya citado Protocolo del año 1992.

2. Responsabilidad subsidiaria del propietario del buque

Una vez afirmada la responsabilidad civil del capitán y, además, al margen de Convenio 1992, conforme al régimen general, el problema jurídico que se plantea a continuación es el de la *responsabilidad civil subsidiaria*. Por un lado, la entidad a la que se pretende que sea declarada responsable subsidiaria es la Mare Shipping Inc., o sea, el propietario del buque. Así se procura de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.4 CP. Son responsables, en los términos del indicado precepto, «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». En este caso, como digo, tratándose del propietario del buque, es, también, el responsable subsidiario porque concurren las dos notas que vertebran este tipo de responsabilidad, como señala el Tribunal, que son: (i) que exista una relación de dependencia entre el autor del delito y el principal, sea persona física o jurídica, para quien trabaja; y (ii) que el autor actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque extralimitándose de ellas.

Sin embargo, por otro, al propietario sólo se le puede exigir la responsabilidad civil en los términos del Convenio 1992, puesto que dispone que «no podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al presente Convenio» (art. III.4 Convenio 1992). Por lo tanto, la responsabilidad civil excluida del Convenio (la del capitán) vuelve, por la vía del artículo indicado, al Convenio como subsidiaria del propietario. Como he señalado, en el caso del propietario, el régimen del Convenio es exclusivo y excluyente. Esta sumisión tiene una consecuencia que es importante para el propietario: el beneficio del régimen que el Convenio establece.

Como al propietario del buque se le puede exigir, subsidiariamente, en los términos expuestos, la responsabilidad civil por los daños, nos encontramos, a continuación, con el beneficio de la limitación de la responsabilidad dispensada por el artículo V.1 Convenio 1992. Sin embargo, el artículo V.2 dispone que «el propietario no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.»

Esto supone, en la práctica, que el propietario queda excluido de los beneficios del régimen de responsabilidad del Convenio y, por consiguiente, tam-

bien sometido al general de la responsabilidad civil. Las causas de exclusión del capitán son igualmente válidas respecto del propietario. El paralelismo entre unas y otras son elocuentes; hay una correlación desde el momento en que sería imposible que el capitán pudiese actuar con la imprudencia afirmada por el Tribunal Supremo sin el conocimiento y el consentimiento del propietario, necesario, en última instancia, para que el buque pudiese operar en las condiciones en que lo hizo. Si hay imprudencia grave del capitán obedeció a que hubo una imprudencia grave del propietario. La exclusión de aquél del Convenio también se extiende al propietario.

El Tribunal considera que los elementos fácticos consignados son suficientes para concluir que «estamos ante un caso de culpa o negligencia civil atribuible a Mare Shipping Inc, que alcanza cotas suficientes para entender que la misma actuó temerariamente, con desprecio consciente y deliberado de los graves riesgos que implicaba su actuación, y en consecuencia idóneo para enervar el derecho de limitación que la propietaria del buque reconoce el Convenio 1992 con arreglo a sus propios términos.» Así lo deduce del hecho del pleno conocimiento que tenía sobre el estado o condiciones del buque, que lo hacían inadecuado para afrontar la travesía que emprendió y, además, en unas condiciones meteorológicas adversas.

El propietario queda sometido al Convenio 1992, pero sin beneficiarse de la limitación de responsabilidad contemplada en el mismo. Ahora bien, una cuestión surge de manera inmediata: ¿cómo se interpreta la limitación de la responsabilidad? Como he expuesto, el Convenio establece limitaciones de responsabilidad no sólo cuantitativas sino también cualitativas relativas, en este caso, a la naturaleza de los daños que quedan cubiertos por la responsabilidad. El Convenio sólo cubre ciertos daños¹³². Se plantea un problema crítico sobre el alcance de la reparación para que cubra la totalidad de los daños, haciendo realidad, como digo, el principio constitucional «quien contamina paga».

¹³² El artículo I.6 del Convenio define los daños ocasionados por contaminación: «a) Pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. [Y] b) El costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas.» HUERTA & RODRÍGUEZ (2004: 58-72) y RUDA (2007) han inventariado los daños y su resarcibilidad por el FIDAC.

**B. SUPERACIÓN DE LA LIMITACIÓN OBJETIVA:
CRITERIOS DEL TRIBUNAL PARA LA CONCRECIÓN,
EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA, DEL ALCANCE
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA COMPRENDER
EL «DAÑO AMBIENTAL EN SUS DISTINTOS ASPECTOS»**

El Tribunal se enfrenta a la espinosa cuestión del alcance objetivo de la responsabilidad: los daños cubiertos. Así lo hace, no de manera directa, sino indirecta, al fijar los criterios o reglas que habrá de seguir el Tribunal de instancia, la Audiencia, en orden a la ejecución de la Sentencia. Dos son los aspectos centrales. Por un lado, qué daños se incluyen en el ámbito de la responsabilidad civil soportada por el capitán y, subsidiariamente, por el propietario del buque. Y, por otro, cómo se deben acreditar en la fase de ejecución. El análisis de estas dos cuestiones nos muestra, por un lado, la decidida voluntad del Tribunal de que no escape ninguno de los daños, en particular, por lo que ahora nos interesa, los ambientales y, por otro, la escasa o nula argumentación sobre cómo se han de superar los límites jurídicos impuestos por el Convenio.

**1. Daños que forman parte del ámbito objetivo
de la responsabilidad civil**

El Tribunal establece las reglas que la Audiencia, en ejecución de sentencia, deberá tener en cuenta en relación con los daños cubiertos. En *primer lugar*, «el importe de la responsabilidad, que abarcará en los términos que prevén los artículos 110 y 339 CP la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, *incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos*, y la indemnización de perjuicios materiales y morales, habrá de determinarse en ejecución de sentencia, previa valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas que se han practicado en relación a las distintas partidas que integran la misma, y con sometimiento a un procedimiento contradictorio que garantice la efectiva intervención de los afectados.»

En consecuencia, la indemnización comprenderá todos los daños. Para que no cupiera ningún tipo de duda, el Tribunal especifica que comprenderá (i) el daño emergente y el lucro cesante; (ii) los daños patrimoniales y los ambientales; y (iii) los daños materiales y morales. No cabe duda. La indemnización habrá de comprender todos los daños.

En *segundo* lugar, «el límite máximo [para la determinación de las indemnizaciones] no podrá exceder de las peticiones que formularon las partes acusadoras en sus conclusiones definitivas, que son las que marcan el espacio último de debate.»

En *tercer* lugar, deberán respetarse los hechos considerados como probados «en relación a las consecuencias del vertido»¹³³. El relato de los hechos incluye:

1) Los gastos *certificados* ocasionados al Estado español, la Xunta de Galicia y el Estado francés. Estos serían los gastos que efectivamente el vertido ha ocasionado a las Administraciones, tales como los derivados de la operación de rescate, la dirigida a evitar o reducir los daños, así como la ges-

¹³³ A continuación, el Tribunal transcribe los siguientes hechos:

«1) En concreto, según fuentes oficiales, se estima que fueron 63.000 toneladas de fuel las derramadas por el Prestige, generando 170.700 toneladas de residuos, y unas 14.950 toneladas de fuel en los dos pecios del barco (14.250 en proa y 700 en popa).

2) Segundo un estudio realizado por investigadores de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m² de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs (Hidrocarburo aromático policíclico, que son un compuesto orgánico que se compone de anillos aromáticos simples que se han unido, y no contiene heteroátomos ni lleva sustituyentes y que como contaminantes han despertado preocupación debido a que algunos compuestos han sido identificados como carcinógenos, mutágenos y teratógenos) en la biota (conjunto de especies de plantas, animales y otros organismos que ocupan un área dada) y sedimentos.

3) La costa afectada se extiende principalmente desde la desembocadura del río Miño en Galicia hasta El Canal de la Mancha, siendo la costa gallega la más afectada, (sobre todo la Costa da Morte, y más concretamente en Islas Sisargas, Muxía, Cabo Touriñán, Carnota, Parque Natural de Corrubedo, Fisterra), seguida del litoral cantábrico español y francés, afectando a 13 departamentos franceses.

4) La cuantificación certificada de los gastos ocasionados al Estado Español asciende a 368.481.562,68 euros.

5) La cuantificación certificada de los gastos ocasionados a la Xunta de Galicia asciende a 145.288.610,51 euros.

6) El Estado Francés cifra sus gastos y perjuicios en la suma de 67.500.905,92 euros.

7) Hasta el día 16/01/2003, se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves, y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia, lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna en general han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA (Zona de especial protección para las aves, que es una categoría de área protegida catalogada por los estados miembros de la Unión Europea como zonas naturales de singular relevancia para la conservación de la avifauna amenazada de extinción).

8) En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.

9) En Cantabria resultaron afectados también playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco.

10) Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003.

11) Los intereses privados y peculiares de las partes personadas en el procedimiento han sido cuantificados en los términos reseñados en los antecedentes de hecho de esta resolución.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

tión de los residuos. Son gastos, como digo, efectivamente producidos, cuantificados y, lo que es particularmente relevante, están «certificados». Faltan, en este capítulo, los daños ocasionados a otras Administraciones como la Diputación de A Coruña¹³⁴ y Municipios españoles, así como francesas, la Diputación de Las Landas y los Municipios directamente afectados, sin olvidar a los Consejos General de La Vendée y de Bretaña. En el caso de las instituciones francesas (salvo el Consejo General de Bretaña), formularon una petición concreta de responsabilidad civil. Ahora bien, parece deducirse que estas reclamaciones no estaban certificadas, al menos, en el momento de producirse la sentencia.

2) Los daños a *particulares*, se afirma, están cuantificados en los términos del antecedente de hecho de la Sentencia de la Audiencia provincial. Se trata de las peticiones de responsabilidad civil elevadas a definitivas por parte de los particulares que se personaron, aunque no están certificadas. Se menciona expresamente a la suspensión de la actividad pesquera y marisquera en Galicia.

3) Los *daños ambientales* derivados de la afectación al litoral costero, playas, superficies rocosas, fondos de la plataforma continental, aves marinas, ecosistemas marinos, y biota y sedimentos. Hay que tener en cuenta el cualificado valor ambiental de los recursos afectados, tales como espacios naturales protegidos, caso del Parque Nacional Marítimo Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia y las Zonas Especiales de Protección de Aves (ZEPA)¹³⁵. Además, la extensión del ámbito afectado que comprende varias provincias, Comunidades, hasta extenderse al Estado francés. Sobre estos daños no hay cuantificación, ni certificación alguna.

¹³⁴ Aunque, posteriormente, esta Diputación desistió del ejercicio de acciones en este procedimiento.

¹³⁵ Las ZEPA son áreas de conservación de aves, objeto de protección ambiental en virtud de Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres. Según dispone el artículo 5 «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer un régimen general de protección de todas las especies de aves contempladas en el artículo 1, que incluirá, en particular, la prohibición de: a) matarlas o capturarlas de forma intencionada, sea cual fuera el método empleado; b) destruir o dañar de forma intencionada sus nidos y sus huevos y quitar sus nidos; c) recoger sus huevos en la naturaleza y retenerlos, aun estando vacíos; d) perturbarlos de forma intencionada, en particular durante el período de reproducción y de crianza, en la medida que la perturbación tuviera un efecto significativo en cuanto a los objetivos de la presente Directiva; e) retener aves de especies cuya caza y captura no estén permitidas.» Sólo en la provincia de A Coruña, se encuentran las siguientes ZEPAS: ES0000086 Ría de Ortigueira e Ladrido; ES0000176 Costa da Morte (Norte); ES0000258 Costa de Ferrolterra – Valdoviño; y ES0000313 Complejo litoral de Corrubedo. Y, en total, en Galicia, unas 15. Teniendo en cuenta la magnitud del vertido, serían numerosas las ZEPA afectadas.

La indemnización debe comprender, parafraseando lo que en el Convenio se enumera como daños ocasionados por la contaminación, tanto los daños (los ambientales y a particulares) como los perjuicios (pérdidas de servicios, así el cese de actividades económicas) sufridos por los recursos, y los ocasionados por la evitación de los daños (medios para impedir o paliar los daños, incluidos los vuelos). Además, se incluyen, lo que es relevante, los daños morales.

Sobre estos daños, el Tribunal Supremo, afirma que «son obvios, extensos y profundos». Nos ilustra que son los «sentimientos» de los ciudadanos provocados por los vertidos: «el sentimiento de temor, ira y frustración que afectó a gran parte de los ciudadanos españoles y franceses, [y] la huella indeleble de la percepción referida a que catástrofes de ésta o más amplia magnitud pueden afectar en cualquier momento a los mismos perjudicados.»

Nos encontramos con el más importante problema que se plantea en éste y otros casos. La diferencia, tanto de régimen jurídico, pero también de resarcimiento, entre los daños que podemos denominar patrimoniales y los ambientales. En cuanto a los primeros, se pueden acreditar, usualmente, de manera documental. Así lo hacen los Estados e instituciones públicas que están personadas¹³⁶; y los particulares lo deberán hacer en fase de ejecución puesto que, según parece, ante el tribunal de instancia se limitaron a formular sus peticiones de resarcimiento en la cuantía que consideraron oportuna. En cambio, los daños ambientales no disfrutan, en todos los casos, de las posibilidades de acreditación, en las coordenadas institucionales de nuestro Derecho, de los patrimoniales. Se plantea un problema estructural: ¿cómo se acreditan estos daños? A esta desazón hay que sumar otra no menor: ¿cómo se documentan los daños morales?

¹³⁶ En la petición definitiva, tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado distinguieron sus peticiones de indemnización entre un tipo y otro de daños. El Ministerio Fiscal formuló, en su acusación, la siguiente petición de indemnización (1) al Estado español en 4.328 millones de euros de los que 2.433,86 millones corresponden al impacto en Galicia; (2) a la Xunta de Galicia en 1.275.458 euros y lo que se acredite en ejecución de sentencia por tratamiento de residuos que aún quedan en SOGARISA; (3) a entidades y particulares españoles: 172.837.639,62 euros, una vez reducido a 22.215 euros el importe reclamado para la entidad PESCAMAR; y (4) al Estado francés y a las entidades francesas municipio de San Juan de Luz, municipio de Bidart, Conseil general des Landes, Conseil general de Finisterre, Ligue pour la protection des oiseaux, Vigipol y France Nature environnement Les amis de la terre en 86.361.254,55 euros.

A su vez, la Abogacía del Estado consideró que «el importe de la indemnización reclamada asciende a 2.152.327.787 euros, más intereses, correspondiendo de esta suma 939.987.787 euros a los gastos directos en que incurrió el Estado como consecuencia del siniestro y 1.212.340.000 euros a la valoración de los daños ambientales causados en España.»

2. Acreditación de los daños a los efectos del resarcimiento

Los criterios que establece el Tribunal Supremo, en orden a la correcta acreditación de los daños a los efectos de la responsabilidad civil son los siguientes. En *primer* lugar, rechaza, por infundado, el criterio temporal para minimizar la importancia del daño ambiental¹³⁷.

En *segundo* lugar, los daños y perjuicios se han de acreditar por la parte que los alega, «regla probatoria de la que no están exentas las Administraciones públicas».

En *tercer* lugar, la acreditación de los daños y perjuicios, y el importe de su reparación e indemnización, se deberá llevar a cabo de la siguiente manera:

1) Acreditación documental por facturas o contabilidad no impugnadas o ratificadas en presencia judicial y refrendada por un informe pericial por peritos designados también judicialmente.

2) Acreditación mediante pruebas periciales realizadas por peritos no designados judicialmente, sino a instancia de parte, que el Tribunal habrá de valorar con libertad de criterio.

3) Si no hubiera evidencias documentales fiables, «deberá estarse al informe de los peritos que judicialmente se designen». A esta regla le es aplicable lo dicho respecto a la anterior, o sea, también se admitirán los informes de los peritos de parte que deberán ser valorados conforme a la libertad de criterio de la Sala.

En *cuarto* lugar, el Tribunal Supremo especifica que los criterios expuestos se habrán de aplicar, en particular, a ciertos daños que enuncia, asumiendo los que Sala sentenciadora fijó, que no fueron cuestionados por ninguno de los recurrentes y que, en consecuencia, son validados por el Tribunal, en los siguientes términos:

¹³⁷ El Tribunal Supremo rechaza, expresamente, el primero de los criterios enumerados por la Audiencia («Al parecer, los efectos de los hidrocarburos sobre los ecosistemas de costas expuestas al mar son de corta duración y la flora y la fauna vuelven a colonizarlas rápidamente») en los siguientes términos: «Esta aseveración es combatida por el Fiscal en cuanto que no se especifica en qué elementos se sustenta la misma, postura que compartimos. Al no especificar el Tribunal de instancia qué bases probatorias ha tomado en consideración, no podemos controlar si la conclusión expuesta, cuestionada por algunas de las periciales practicadas, responde a un ejercicio valorativo lógico y razonable, por lo que no puede aceptarse el criterio fijado como orientador en la determinación de la responsabilidad civil.»

1) *Daños ambientales*¹³⁸: se habrán de seguir los criterios de valoración expuestos, «tomando en consideración la prueba documental aportada y las distintas periciales practicadas». Y se especifica, para que no quede ninguna duda, que esta «partida, supeditada a su acreditación en los términos expuestos, se considera de procedente inclusión en el quantum indemnizatorio como gasto necesario derivado de los hechos enjuiciados»;

2) *daños a particulares* («gastos y demás indemnizaciones reclamadas por los distintos recurrentes u otros perjudicados»): «supeditados a constatación de su realidad y vinculación con los hechos enjuiciados»;

3) *tiempos de cese forzoso* de pesca, marisqueo y actividades económicas de otra índole en las zonas afectadas: serán las indemnizaciones establecidas oficialmente por las autoridades competentes;

4) *barreras, material anticontaminación, maquinaria y otros medios* que hubiesen sido adquiridos para impedir o paliar los daños y perjuicios derivados de la contaminación, en cuanto no hayan sido incluidos en los gastos certificados: «habrán de ser comprobados documentalmente y con la demostración de su efectivo empleo en las tareas derivadas de los hechos enjuiciados o alternativamente con un informe pericial de la necesidad de tales gastos»;

5) *vuelos* para control de contaminación: «se acreditarán documentalmente y sólo se indemnizarán dentro del periodo que pericialmente se estime necesario dicho control específico»; y

6) *daños morales*: «son obvios, extensos y profundos, ... de modo que cuando se haya reclamado expresamente por ese concepto, deberá fijarse en una cuantía que no supere el 30% que se fija prudencialmente, del importe acreditado de daños materiales, siempre que lo reclamado fuese más de lo que resultaría de aplicar esa limitación».

En *quinto* y último lugar, la indemnización no está sometida a límites, aún menos, cuantitativos. Así sucede respecto del propietario, como responsable subsidiario, en virtud de lo dispuesto en el propio Convenio 1992, e, incluso, respecto del FIDAC, de cuyas normas, nos dice el Tribunal Supremo, no tienen fuerza vinculante o limitadora:

«el alcance de su responsabilidad obligatoria vendrá determinado por la legislación que lo regula, pero ello no implica que quedan excluidos de la indemnización aquellos daños que no coincidan exactamente con los que el Convenio que

¹³⁸ Así como también para la fijación de otras partidas como el coste estimado correspondiente al reciclado y eliminación de las 10.000 toneladas de residuos de fuel mezclado con arena, agua, plásticos, y otros elementos, que aún se encuentran sin tratar y que pide la Xunta de Galicia.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

lo reglamenta prevé como indemnizables, ni que la cuantificación de la indemnización que se fije, orientada a la íntegra reparación de los daños y perjuicios causados, venga constreñida por las reglas comprendidas en su «Manual de Indemnizaciones» del mismo. Todo ello sin perjuicio de que ese documento pueda ser tomado en consideración con carácter orientativo por el Tribunal de instancia a la hora de fijar las correspondientes indemnizaciones.»

El Convenio 1992 y el Convenio FIDAC 1992 (y su manual) operan como orientaciones en orden a alcanzar el objetivo perseguido por las normas civiles del Código penal: la reparación íntegra, en cumplimiento, como ya se ha subrayado, del principio constitucional «quien contamina paga».

3. Los daños ambientales cubiertos son los delimitados por las normas civiles del Código penal

Aunque el Tribunal Supremo no lo dice y aún menos lo justifica, los daños cubiertos por la responsabilidad civil no son los delimitados por el Convenio sino por el Código penal. Así afirma, que «el importe de la responsabilidad, que abarcará en los términos que prevén los artículos 110 y 339 CP la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, *incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos*, y la indemnización de perjuicios materiales y morales, habrá de determinarse en ejecución de sentencia», puesto que «se considera de procedente inclusión en el quantum indemnizatorio como gasto necesario derivado de los hechos enjuiciados». Incluso, se contempla que los daños morales también son indemnizables, porque «son obvios, extensos y profundos». Todo ello, insisto, conforme a lo dispuesto en el Código penal, no así en el Convenio 1992. El Tribunal se separa de éste, pero no lo justifica. No explica cuáles son las razones por las que así lo hace, después de haber proclamado y reconocido que la responsabilidad del convenio es «*exclusiva* porque no puede efectuarse ninguna reclamación de indemnización por daños por contaminación marítima por hidrocarburos salvo de acuerdo con lo dispuesto en el mismo (art. 3.4)», y, además, rechazado el argumento de la defensa de la Administración dirigido a romper con los límites del Convenio 1992¹³⁹. Falta, sin embargo, la explicación y la justificación de esa ruptura.

¹³⁹ Como ya he citado, el Tribunal rechaza romper con los límites del Convenio cuando sostiene lo siguiente: «Discuten los recurrentes la aplicabilidad de este sistema de responsabilidad a la que surge del delito. Al hilo de ello se apoyan en dos sentencias de esta Sala de 17 de enero de 1992 y de 21 de septiembre de 1994, que no admitieron la aplicación del sistema de limitación de deuda en supuestos de abordaje

4. El importe de las indemnizaciones fijado en ejecución de sentencia

La Audiencia provincial de A Coruña, en ejecución de sentencia, ha concretado el importe exacto de las indemnizaciones a satisfacer por los responsables civiles. Así lo ha llevado a cabo por Auto de 15 de noviembre de 2017. A tal fin, aplica, como debía, los criterios enunciados por el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada. La sala admite que contra el auto cabe recurso de casación.

Las pretensiones indemnizatorias del Estado español era las más relevantes. No sólo por los intereses que representaba, sino porque se había subrogado en los de otras partes, al haber abonado anticipadamente su importe.

Las pretensiones del Estado tenían por objeto la reclamación de indemnizaciones por daños patrimoniales, y también, por lo que ahora más nos interesa, daños ambientales. Otros interesados, reclamaban exclusivamente compensaciones por daños patrimoniales, caso de la Xunta de Galicia (1,8 millones), el Estado francés (61 millones), los empresarios y particulares que sufrieron pérdidas como consecuencia del vertido.

El Estado español solicitó, a través de la Abogacía del Estado, indemnización por importe de 2.152.000.000 €, más intereses. Esta cantidad se desglosaba: por gastos patrimoniales: 931.137.768 €; las compensaciones al sector pesquero por paro temporal: 128.100.029 €; y daños ambientales: 1.212.340.000 €.

Es en este último apartado en el que la Audiencia aplica un criterio restrictivo que reduce de manera notable el importe solicitado por el Estado. La Audiencia no considera aceptable la valoración ofrecida: “parece sólo relativamente aceptable en su cuantía”. Por un lado, parece aceptar, en atención a la importancia de los daños, la cifra presentada (1.212.340.000 €), para, por otro, proceder a su reducción, con una argumentación confusa: “reduciendo esa cuantía en términos de estimación relativa a las cuantías demostradas”. Se basa en las diferencias de valoración ofrecidas por el informe de la perito judicial. Vendría a confirmar que se “maneja[n] variantes de valoración no absolutamente fiables en lo que respecta a la cuantificación de ese perjuicio”. En consecuencia, concluye, “ha de acudirse a un criterio de estimación prudencial que aproxime esa cuantificación

regulada en el Código de Comercio, por considerar que la 133 responsabilidad que surge del delito es ilimitada, sujeta al régimen propio del artículo 22 del CP (Texto refundido de 1973) e inmune a las limitaciones o peculiaridades propias de la legislación mercantil. Sin embargo, ya hemos dicho que la jurisprudencia más reciente considera que, *salvo en caso de contradicción con alguna previsión específica de la normativa contenida en el CP*, el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada de delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable (entre otras SSTS 298/2003, de 14 de marzo; 936/2006, de 10 de octubre; 108/2010, de 4 de febrero; 357/2013, de 29 de abril; 64/2014, de 11 de febrero; 212/2015, de 11 de junio, o 778/2015, de 18 de noviembre).»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

a la valoración inicial dadas las peculiaridades de lo sucedido y del referido informe *ad hoc*, perjuicio que se cifra prudencialmente en el 30% del daño patrimonial directo acreditado con referencia al criterio sobre el daño moral”.

El daño ambiental se pasa a valorar en el 30 por 100 del daño patrimonial directo. No se razona por qué es ese el porcentaje que mejor refleja el importe compensatorio adecuado a la naturaleza e importancia de estos daños. En consecuencia, la petición de 1.212.340.000 € se convierte en 279.341.330,4 €, o sea, 933 millones menos.

El resultado no es razonable, en particular, por su falta de explicación. No hay ningún elemento que permita servir de base sobre la que construir una mínima justificación del porcentaje elegido. El arbitrio judicial es extremo. La suma total de los daños y perjuicios, pasa a ser de 1.210.479.098,4 €. A continuación, la Audiencia le añade otro 30 por 100 por el daño moral indemnizable al Estado, por importe de 363.143.729 €. En consecuencia, la suma resultante es 1.573.622.827,92 €. En definitiva, la indemnización efectivamente reconocida, en relación con el Estado español, se reduce en casi 600 millones (578.377.173 €). No es una reducción importante, en el contexto de las cantidades manejables, pero habría sido necesaria una explicación, al menos, mínima, de la razón de la fijación de la indemnización de los daños ambientales en atención a un porcentaje, el del 30 por 100, sobre los daños efectivamente acreditados.

En todo caso, además de los daños patrimoniales, el importe de la indemnización cubre tanto los daños ambientales como los morales. Es importante porque marca una tendencia a la cobertura de todos los daños. Ahora bien, se podrá discutir las cantidades efectivamente impuestas. Es razonable pensar que una prueba más adecuada y certera, podrá permitir alcanzar otro resultado más satisfactorio desde el punto de vista del principio constitucional “quien contamina paga” .

C. EL PROBLEMA DOGMÁTICO DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A TODOS LOS DAÑOS AMBIENTALES PROVOCADOS POR EL PRESTIGE: LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LAS NORMAS CIVILES DEL CÓDIGO PENAL

Como decía, falta una argumentación jurídica que justifique el porqué, siendo aplicable el Convenio, se pueden romper sus límites. Esto es particularmente imprescindible si el objetivo pretendido es hacer realidad el principio «quien contamina paga»; si la finalidad es la reparación completa, sin fisuras,

de todos los daños provocados por el vertido; no sólo los ambientales, también quedan incluidos, y son de imprescindible compensación, los daños morales, proclamados, como digo, como «obvios, extensos y profundos». En definitiva, si, como afirmara el Tribunal, el fin perseguido no es otro que «el importe de la responsabilidad... abar[que] en los términos que prevén los artículos 110 y 339 CP la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, *incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos*, y la indemnización de perjuicios materiales y morales», se hace imprescindible superar el Convenio. A tal fin, es necesario justificar la superación. La respuesta tiene dos fases: (i) la justificación de la superación de las limitaciones del Convenio 1992; y (ii) la justificación de la aplicación de las normas civiles del Código penal que permiten la extensión de la responsabilidad civil hasta comprender todos los daños producidos por el vertido. En definitiva, el Convenio 1992 es un obstáculo a la completa reparación de todos los daños. Y lo es, fundamentalmente, por el concepto, inicialmente, estrecho de los daños cubiertos.

Se ha sostenido con reiteración que la disposición del artículo 109 CP (que establece que «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, *en los términos previstos en las Leyes*, los daños y perjuicios por él causados») remite a las leyes reguladoras de la responsabilidad civil, en nuestro caso, en relación con los casos de vertidos de hidrocarburos procedentes de buques, como han sostenido los estudiosos del Derecho marítimo, al Convenio de 1992 y sólo a dicho Convenio¹⁴⁰. El principal argumento vendría de la mano de la superioridad jerárquica del Convenio en el seno del ordenamiento jurídico que se anudaría al principio de especialidad. Un primer esfuerzo argumentativo se ha de dirigir a superar las limitaciones que impone dicho Convenio.

1. La superioridad normativa del Convenio no puede enervar las superiores garantías que dispensa el resto del ordenamiento jurídico por exigencia de los principios constitucionales

En *primer* lugar, la superioridad normativa del Convenio 1992, una vez ha sido incorporado a nuestro ordenamiento, es indudable. Sus disposiciones, como dispone la Constitución, sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las

¹⁴⁰ GABALDÓN GARCÍA, 1999; HUERTA & RODRÍGUEZ (2004: 69; nota 115).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

normas del Derecho internacional (art. 96.1). Ahora bien, esa posición de jerarquía debe ser interpretada adecuadamente.

La jerarquía es una regla de ordenación de relaciones entre normas que (i) comparten el mismo ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, y (ii) supone que la inferior no puede contradecir o derogar lo dispuesto en la superior. La superioridad se proyecta respecto de un ámbito acotado. En ese ámbito, ninguna norma inferior puede producir un efecto derogatorio, modificador o suspensivo. La superioridad se traduce en la capacidad de la norma superior para «administrar» su ámbito de eficacia (objetivo y subjetivo) lo que le permite, incluso, habilitar la eficacia de otras normas, en los términos que decida, pero inhabilita su derogación o contradicción por otra de inferior rango.

Conforme a lo expuesto, las limitaciones subjetivas y objetivas, así como, las cuantitativas, que impone el régimen de la responsabilidad del Convenio de 1992 son limitaciones que operan en el ámbito sobre el que se proyecta su eficacia.

En segundo lugar, cuanto al ámbito *subjetivo*, el artículo III.4 del Convenio dispone: «no podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al presente Convenio.» Y, además, excluye la posibilidad de su exigencia a otros sujetos¹⁴¹ a los que se refiere el mismo artículo III del Convenio («no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación, ajustada o no al presente Convenio»).

La extensión de la responsabilidad civil al capitán hasta comprender los daños ambientales es posible porque, por expresa determinación del Convenio 1992, su imprudencia lo excluye de su ámbito subjetivo. En consecuencia, la responsabilidad civil queda íntegra y exclusivamente regulada conforme al Derecho interno español. El problema jurídico se plantea respecto del propietario del buque. El artículo III.4 del Convenio dispone que «no podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al presente Convenio.»

Una vez inserto, de manera exclusiva y excluyente en el indicado Convenio, el propietario se beneficia de dos determinaciones esenciales a nuestros efectos: (i) que los daños objeto de resarcimiento son los que el artículo II, o

¹⁴¹ Los otros sujetos son: a) Los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes. b) El práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios para el buque. c) Ningún fletador (como quiera que se le describa, incluido el fletador del buque sin tripulación), gestor naval o armador. d) Ninguna persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente. e) Ninguna persona que tome medidas preventivas. f) Ningún empleado o agente de las personas mencionadas en los subpárrafos c), d) y e).

sea, los «daños ocasionados por contaminación» y las medidas preventivas; y (ii) la limitación de la responsabilidad a una cuantía total que se calcula de la manera especificada en el artículo V. Esta limitación cuantitativa queda enervada, como interpreta y aplica el Tribunal Supremo, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo V del Convenio: «El propietario no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.»

El Tribunal considera, como he expuesto, que los elementos fácticos consignados son suficientes para concluir que «estamos ante un caso de culpa o negligencia civil atribuible a Mare Shipping Inc, que alcanza cotas suficientes para entender que la misma actuó temerariamente, con desprecio consciente y deliberado de los graves riesgos que implicaba su actuación, y en consecuencia idóneo para enervar el derecho de limitación que la propietaria del buque reconoce el Convenio 1992 con arreglo a sus propios términos.» Así lo deduce del hecho del pleno conocimiento que tenía sobre el estado o condiciones del buque, que lo hacían inadecuado para afrontar la travesía que emprendió y, además, en unas condiciones meteorológicas adversas.

En conclusión, la responsabilidad subsidiaria del propietario del buque no soporta limitación alguna, en los términos del propio Convenio 1992. El problema jurídico, central, es el del alcance de la «subsidiariedad». El capitán es responsable civil de todos los daños producidos por el hecho tipificado como delito. Como dispone el artículo 109 CP: «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.» Y el artículo 116 CP remacha que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.» Todos los daños, sin excepción; todos los ambientales. El Tribunal, como digo, afirma que está «incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos». Ahora bien, no razona o justifica ni qué se entiende por «en sus distintos aspectos» y si, en consecuencia, también se entienden incluidos los daños ambientales puros. ¿Sería admisible, jurídicamente, que la responsabilidad del empleado, el capitán, fuese ilimitada, mientras que la del propietario, limitada, siendo así que esta es subsidiaria respecto de aquella? El problema se plantea respecto de los daños objeto de indemnización.

En tercer lugar, en cuanto ámbito *objetivo* del Convenio 1992 es el de los daños a los que se refiere. El artículo I.6 del Convenio, como ya he expuesto, define los «daños ocasionados por contaminación». En consecuencia, en lo

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

que ahora nos interesa, no podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al Convenio, entendiendo por daños ocasionados por contaminación, los así definidos por el propio Convenio. En todo lo demás, en todo aquello que escape al ámbito subjetivo y objetivo del Convenio, en los términos expuestos, el Convenio no puede desplegar ninguna eficacia jurídica enervadora de la capacidad regulatoria del Estado.

Por consiguiente, «no podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al Convenio», siempre y cuando, el propietario formase parte de dicho ámbito subjetivo y, además, los daños pudiesen calificarse como ocasionador por contaminación definidos por el propio Convenio, o sea, en los términos del artículo I.6, «pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; b) el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas». Estos daños sólo se podrán reclamar al propietario en los términos del Convenio. No puede excluir, que otros daños puedan ser reclamados al margen del Convenio.

El ámbito objetivo del Convenio 1992 queda circunscrito a los daños «ocasionados por contaminación». ¿Qué sucede con los demás daños? Como he expuesto, el concepto de «daños ocasionados por contaminación» no comprende a «todos» los del vertido como queda acreditado que otros son cubiertos por el Convenio FIDAC, según la interpretación propuesta. Una conclusión resulta evidente: el Convenio 1992 podrá pretender ser exclusivo y excluyente, pero el propio Convenio FIDAC al complementarlo, está reconociendo que es una pretensión vana, no sólo en el ámbito conceptual de los «daños ocasionados por contaminación», como, insisto, lo interpreta el Convenio FIDAC, sino, con mayor razón, respecto de los que no son «daños ocasionados por contaminación» según el propio Convenio 1992. En otros términos, existen otros daños ambientales, en lo que ahora nos interesa, pero también los morales, que no encajan, no están incluidos dentro del ámbito conceptual de los «daños ocasionados por contaminación», que pueden y deben encontrar su camino de compensación.

¿Puede el Convenio 1992 prohibir la satisfacción de los daños que no caen dentro del ámbito objetivo que delimita? La consecuencia es evidente:

estos otros daños no podrían verse reparados. ¿Sería admisible que una norma del ordenamiento jurídico, como el Convenio, pudiese justificar una solución jurídica contraria a un principio constitucional como «quien contamina paga»?

El Convenio 1992 obliga a que los daños que delimita se satisfagan en los términos que establece, no así cualquier otro daño. El Convenio no puede prohibir, porque sería, desde el punto de vista ordinamental, absurdo, que otros daños derivados o asociados al vertido, se puedan compensar. Pretender que el régimen del Convenio es, además, monopolizador de la compensación de todos los daños es de una pretenciosidad que carece de respaldo jurídico. No puede impedir que otros daños se puedan ventilar por otros canales o conductos. No podría prohibirlo porque vendría a impedir la plena realización del principio constitucional indicado. El ordenamiento constituye una totalidad sistémica y como tal todas sus partes deben operar para alcanzar un resultado que sea globalmente coherente. No sería admisible que la aplicación de una norma hiciera imposible la eficacia de otra, además, superior.

Por consiguiente, el carácter exclusivo y excluyente del Convenio 1992 ha de interpretarse en relación con su ámbito objetivo, que nada impide la posibilidad de la satisfacción de otros daños, tanto los ambientales, como los morales. Es inadmisible que estos daños puedan tener prohibido, por virtud de una interpretación, que no de una expresa determinación del Convenio 1992, su satisfacción. El silencio del Convenio 1992 no puede rellenarse con una pretensión totalizadora y aún menos, cuando los sujetos a los que se le atribuye la responsabilidad, empleado y propietario, escapan, por las mismas razones consignadas en el Convenio, de su ámbito de eficacia.

2. La remisión que hace el Código penal a la legislación civil no puede producir el efecto de disminuir las garantías cubiertas por el Código

La remisión del Código penal a la legislación civil no puede ser tal que permita que se introduzca una determinación que minore el alcance de las normas civiles del Código penal. No es admisible desde el punto de vista formal; no existen, porque no son admisibles, las remisiones derogatorias. Se remite, no para derogar lo dispuesto en la norma remitente, sino para facilitar su cumplimiento. El Código impone la obligación y, en particular, su extensión. El Convenio 1992 ha de permitir su cumplimiento. No alterar aquella obligación hasta desnaturalizarla.

Las leyes penales, como dispone el artículo 8 CC, obligan a todos los que se hallen en territorio español. No puede extraerse de un Convenio celebrado e

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

incorporado al Derecho español una consecuencia jurídica que reduzca o limite el alcance de las obligaciones impuestas por las leyes penales. Si así fuese, se estaría introduciendo una regla con efectos discriminatorios o desiguales, en general, respecto de las obligaciones de reparar derivadas de los hechos delictivos, además, de establecer un régimen singular de responsabilidad, incluso para los españoles propietarios de buques, que disfrutarían de una situación de privilegio respecto de cualquier español responsable civil de los daños derivados de los delitos del artículo 325 CP. Una desigualdad que no es querida por la Ley, que carece de razonabilidad y que es la consecuencia de la aplicación, como digo, de un Convenio.

Si se admitiese que el Convenio 1992 puede modelar de manera derogatoria la obligación de reparación que el Código impone, no sólo en relación con su origen (art. 109), el responsable o responsables (arts. 116 y ss.), sino también respecto de los daños cubiertos (arts. 109 y 116) e, incluso, las actividades a ejecutar por el responsable para satisfacer la responsabilidad (restitución, reparación e indemnización de los perjuicios) (arts. 110 y ss.), se estaría permitiendo que una norma a la que se remite el Código no sólo «revocase» lo dispuesto en el propio Código sino que rompiera la coherencia que debe existir entre (i) el responsable criminal y el responsable civil en relación con el daño que forma parte del tipo y (ii) entre el responsable civil principal y el subsidiario.

El artículo 325 CP es el que tipifica, con carácter general, los denominados delitos ambientales¹⁴². Un elemento esencial del tipo es el de los daños ambientales: el perjuicio grave al «equilibrio de los sistemas naturales»¹⁴³. Y la responsabilidad civil derivada del delito así tipificado abarcará, necesariamente, tales daños. Daños que no encajan en la noción del Convenio 1992. No parece razonable que se pueda distinguir entre daños susceptibles de castigo y que, sin embargo, no hacen surgir, como establece el mismo Código, la obligación de reparar. Si el daño es un elemento del tipo (pues habla, como digo, de acciones que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales») y se refiere a los sistemas naturales, en general, ese mismo daño es el que debe ser reparado, no una versión reducida del mismo. El artículo 109.1 CP es el que asocia responsabilidad penal y responsabilidad civil en relación con los daños. No puede haber daños que sean origen de aquella responsabilidad que no dé lugar a la obligación de reparación. El principio general y básico del

¹⁴² Vid. BETANCOR, 2014: 1566 y ss.

¹⁴³ Así sucedía en la versión del Código penal aplicable al caso Prestige. En la versión vigente, el artículo 325 CP distingue en dos tipos el de los daños a los recursos del otro que, como tipo cualificado, incluye la afectación (perjuicio grave) al equilibrio de los sistemas naturales.

Derecho es que no puede haber daños injustamente producidos que su responsable no deba compensar o reparar. Es el principio básico del artículo 1902 CC. Que el daño haga surgir, en tanto forme parte del tipo del delito, la responsabilidad penal pero no así la responsabilidad civil, no parece razonable. Todo daño que hace surgir la primera, debe hacer surgir la segunda¹⁴⁴. Porque es ese el daño que debe ser reparado. No otro distinto. Si hay daño a efectos penales, también lo hay a los civiles. Tiene que existir una relación de coherencia entre uno y otro. Como dispone el artículo 109 CP, hay obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el hecho descrito por la ley como delito. Todos los daños y perjuicios causados. No los delimitados por la eventual norma civil a la que el Código se pueda remitir. En nuestro caso, el hecho delictivo consistente en el vertido de hidrocarburos procedente del Prestige, obliga a reparar los daños y perjuicios causados «en los términos previstos en las Leyes», o sea, el Convenio, pero en la medida en que la reparación sea íntegra o completa. Para alcanzar el resultado/objetivo perseguido por el Derecho, sería perfectamente legítimo que los «daños ocasionados por contaminación», según el Convenio, son los cubiertos por el Convenio 1992 y, de manera complementaria, por el Convenio FIDAC. Todos los demás, todos aquellos que encajan en la estructura del tipo del artículo 325 CP, lo que abarca todos los demás daños ambientales y, así mismo, los daños morales, se deberían satisfacer en los términos de las normas civiles del Código penal.

3. El resarcimiento completo es el fruto de la aplicación de las normas civiles del Código penal

El Tribunal Supremo en ningún momento analiza el concepto de daño sometido a resarcimiento por virtud del régimen de responsabilidad regulado en el Convenio 1992. Da por supuesto que es el mismo concepto que el de las normas civiles del Código penal. En otros términos, entiende que es el mismo el daño el

¹⁴⁴ SILVA (2001) hace unas puntuaciones respecto de la responsabilidad civil *ex delito*. Unas precisiones dirigidas a reclamar que la vinculación con la responsabilidad penal obedece, esencialmente, a razones de economía procesal. En el fondo, se trata de sostener lo que hoy constituye una opinión plenamente consolidada: que en el Código penal se incluyen normas civiles relativas a la responsabilidad por los daños. A tal fin, argumenta sobre la falta de vinculación entre una y otra. Ahora bien, que no toda responsabilidad civil *ex delito* suponga la relación de necesidad entre el daño del tipo penal, cuando lo haya, y el daño susceptible de reparación, no quiere decir, ni se puede negar que, cuando el daño forme parte del tipo, como sucede en el caso del artículo 325 CP, sea ese mismo daño el objeto de la reparación. No sería admisible que el daño a reparar fuese «distinto» del daño que constituye uno de los elementos del tipo. Si hay daño, es ese el daño que debe ser reparado, no otro. Esto afecta al daño tipificado. Con sus rasgos y características. Es el que debe ser reparado.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

resarcible según el Código penal y el Convenio. No olvidemos que, el daño resarcible es el que forma parte del tipo penal por lo que la obligación de reparar, en los términos del artículo 110 CP comprende la restitución, la reparación y la indemnización y el objetivo es la restitución *in integrum*. La ejecución del delito hace surgir, como expresa el artículo 109 CP, la obligación de reparar «los daños y perjuicios por él causados», o sea, todos los daños y perjuicios que han sido causados por el hecho que constituye el tipo penal. Esta es la clave. Con esta inercia intelectual, el Tribunal no repara que ése no es el concepto de daño del Convenio 1992. La separación de esta determinación del Convenio, como ha sucedido con otras, debe ser debidamente justificada.

En primer lugar, en cuanto a las normas del Código penal relativas a la responsabilidad civil, existe un amplio consenso en considerar que son normas civiles, aunque insertas en el indicado Código. El mismo Tribunal Supremo, en la Sentencia Prestige, se refiere a esta cuestión cuando señala que «nos encontramos ante una responsabilidad civil consecuencia del delito. Dejamos el ámbito del derecho penal para desplazarnos al del derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con la finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas. *Las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal y su contenido y extensión igualmente habrá de calibrarse con arreglo a la normativa civil aplicable, siempre que no exista un especial precepto penal que modifique su régimen.* Como dijo la STS 298/2003 de 14 de marzo que “la acción civil ‘ex delicto’ no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil”».

Se ha planteado algún debate menor sobre la relación entre la regulación del Código penal y la del Código Civil en relación con la responsabilidad civil¹⁴⁵. Es un debate menor porque se trata de normas, en todo caso, dirigidas a la regulación de la misma responsabilidad. Esto no es obstáculo para que las del

¹⁴⁵ ¿Cuál es la regulación del Código Civil y del Código penal en cuanto a la responsabilidad civil? El *Código Civil* (arts. 1902 y ss.) regula: (i) la causa del surgimiento de la obligación de reparar el daño: el responsable de la acción u omisión que causa el daño (art. 1902 CC); y (ii) las personas que son civilmente responsables en distintos supuestos, en particular, en aquellos en los que no son los directamente responsables, los supuestos de la denominada responsabilidad vicaria, así como las causas que podrían liberar a estos responsables que, en general, están relacionadas con la «diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (art. 1903 CC).

Código penal sean normas especiales de aplicación preferente en relación con la determinación de la responsabilidad en caso de delito. El artículo 1092 CC dispone que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». Además, existe una preferencia legal para que la responsabilidad civil derivada de los delitos sea ventilada en sede penal puesto que sólo lo será en sede civil (Jurisdicción civil) si el perjudicado opta expresamente por esta solución. En caso contrario, sin esta manifestación expresa, será la jurisdicción penal la que resolverá esta cuestión (art. 109.2 CP).

Esta especialidad tiene varias manifestaciones¹⁴⁶, alguna de ellas, singularmente relevante en el caso Prestige. La más importante es la relativa a los

El *Código penal* (arts. 109 y ss.) regula: (i) la causa del surgimiento de la obligación de reparar: la ejecución de un hecho descrito por la Ley como un delito o falta que causa los daños (art. 109.1 CP); (ii) la posibilidad que se le reconoce al perjudicado de optar por la jurisdicción civil (art. 109.2 CP); (iii) el contenido que puede constituir la responsabilidad civil derivada de delito (restitución, reparación e indemnización) (arts. 110 a 113 CP); (iv) la concurrencia o compensación de culpas (art. 114 CP); (v) la exigencia de que los jueces, al declarar la responsabilidad civil, fijen las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones (art. 115 CP); (vi) las personas civilmente responsables en los casos de delito o falta (arts. 116 y ss. CP)

¹⁴⁶ Hay otras peculiaridades como es común a toda norma especial respecto de las generales. El Código Penal contiene una normativa propia y distinta de la general en materia civil para determinar las consecuencias civiles de conductas penalmente típicas que son objeto de enjuiciamiento por los tribunales penales (GÓMEZ POMAR); son normas «especiales» en materia de responsabilidad civil; así se distingue entre las normas «generales» del Código Civil y las «especiales» del Código penal (GÓMEZ POMAR).

Estas diferencias vienen condicionadas por la inserción de la institución de la responsabilidad civil en el Código penal.

La primera especialidad es la relativa a la *interpretación* de las normas reguladoras: «Su inserción en el CP no es intrascendente, pues el canon de interpretación contextual y sistemática del artículo 3.1 CC debe llevar a considerar, en la interpretación y aplicación de los art. 109-122 CP, que se trata de preceptos «dentro» del CP y, por tanto, que deben entenderse de forma coherente con las normas penales en general, y en especial con aquellas que rigen las conductas que son también supuesto de hecho de los mismos» (GÓMEZ POMAR). También deben interpretarse de manera coherente con las normas del Código Civil que prevén la responsabilidad para las mismas conductas, aunque no constitutivas de delito o falta. Es el lógico problema de la especialidad con inserción en un conjunto normativo «extraño», como es el Código penal.

La segunda es la relativa a las *personas civilmente responsables* cuando el hecho causante del daño esté tipificado como delito o falta, el CP contiene una regulación muy detallada que distingue varios supuestos:

1) La responsabilidad civil de autores y los cómplices de un delito (art. 116 CP); responsabilidad que será solidaria (pero por sus cuotas correspondientes) entre los de la misma clase y subsidiaria entre las distintas clases. En el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad penal llevará consigo la civil de «forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos» (art. 116.3 CP).

2) La responsabilidad subsidiaria de personas y entidades relacionadas con la comisión del delito o falta: responsabilidad civil *ex delito* por conducta de otro (arts. 120 y 121 CP). En cambio, la responsabilidad civil en el CC es solidaria (art. 1903).

3) La responsabilidad de los aseguradores (art. 117 CP). Es el único supuesto de responsabilidad vicaria, o sea, la responsabilidad por hechos producidos por otros que reviste la naturaleza de responsabilidad civil directa, como si de un autor o cómplice se tratase y no subsidiaria como sucede en los demás supuestos de responsabilidad vicaria contemplados en el CP. El asegurador es responsable directo incluso en el supuesto de que el asegurado fuese considerado responsable civil subsidiario. Así lo ha

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

daños resarcibles. En el caso del Código Civil, estos daños sólo son personales y patrimoniales, no así los ambientales que no encajen en ninguno de los dos tipos indicados, en los términos expuestos. Como he expuesto en otro lugar¹⁴⁷, la responsabilidad civil por daños ambientales regulada en el Código Civil surge en supuestos muy limitados y tiene una eficacia protectora escasa, incluso se ha llegado a afirmar que la vía civil sólo ofrece una defensa del medio ambiente «indirecta»¹⁴⁸. La perspectiva personalista y patrimonialista civil es

afirmado el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal. Por un lado, la Sentencia de 23 Mar. 2009, rec. 10145/2008 (asunto: abusos sexuales cometidos sobre menores de tres y cuatro años de edad por monitor de actividad extraescolar en la sede de un colegio). El Tribunal proclama que la responsabilidad de la compañía de seguro es directa aún cuando reconoce que la del asegurado es subsidiaria. El fallo es expreso: «QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS como responsable civil directo de las indemnizaciones señaladas, a la Compañía aseguradora ZÚRICH ESPAÑA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S. A., hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada; en el caso de no cubrirse, debemos condenar y condenamos a la asociación de madres y padres del Colegio Público Cassiá Costal de Girona como responsable civil subsidiario.» Y, por otro, la Sentencia de 33 Feb. 2010, rec. 10837/2009: reproduce la doctrina y además expresamente se enfrenta a la cuestión de que el asegurado es responsable subsidiario mientras que el asegurador es declarado responsable civil directo.

La tercera afecta a la aplicación de las normas por parte de los Tribunales. Como ha escrito SÁNCHEZ CALERO (2005: 1446): «A pesar de lo indicado sobre la aplicación a la acción directa ejercitada en el proceso penal del régimen del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980), la jurisprudencia de la Sala 2.^a parece haberse orientado en el sentido de conferir al tercero perjudicado por un delito o falta una acción directa contra el asegurador al amparo del 117 del Código penal en el que la única posibilidad de que no se haga cargo de la responsabilidad civil del autor del hecho delictivo es la inexistencia del contrato de seguro, ya que no podrá oponer excepción alguna que derive de los términos del contrato suscrito entre el tomador del seguro y el asegurador. Se concede por los Jueces y Tribunales del orden a los perjudicados el derecho a la indemnización por los aseguradores hasta el límite pactado, sin perjuicio del derecho de repetición de la sociedad aseguradora frente al causante del delito o la falta.» Alude a que los Tribunales penales se centran en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 117 CP, en detrimento del artículo 76 Ley 50/1980, lo que provoca que la inexistencia del contrato de seguro es la única posibilidad que tiene el asegurador de que no se haga cargo de la responsabilidad civil del autor del hecho delictivo. No se admiten ninguna de las demás excepciones del artículo 76 Ley 50/1980. Se pretende reforzar la protección del tercero perjudicado.

¹⁴⁷ BETANCOR 2014: 1591 y ss.

¹⁴⁸ NAVARRO MENDÍZÁBAL (1996: 19) Como ha insistido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), Sentencia núm. 1135/2008 de 22 diciembre (RJ. 2009/162), recordado lo declarado por la Sentencia de 14 de marzo de 2005 (rec. 3591/1998), «la protección del medio ambiente y la responsabilidad en que incurre quien lo menoscaba como bien de la colectividad difícilmente puede ser objeto de consideración en el ámbito del Derecho civil. Sólo un aspecto de la protección del medio ambiente, el que se refiere a la protección específica de derechos subjetivos patrimoniales, ha sido objeto de una reiterada jurisprudencia civil, que contempla, sustancialmente,侵入 (inmisiones en fincas o propiedades vecinas).» El fundamento de esta institución está en el artículo 1902 CC según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Específicamente, en lo que a los daños ambientales se refiere, el artículo 1908 CC es el que recoge algún supuesto particular de surgimiento de la responsabilidad civil por daños ambientales.

El fundamento legal de la institución de la responsabilidad civil pone de manifiesto su misma insuficiencia desde el punto de vista de la protección ambiental:

(i) está limitada a los daños tradicionales, o sea, los daños personales o a las propiedades, como se establece en el Código Civil;

limitada. Los daños ambientales que no pasen ese filtro escapan a la institución civilista¹⁴⁹. De estas limitaciones se salva, precisamente, las normas civiles del Código penal.

Los daños resarcibles conforme al Código penal incluyen también los ambientales, de todo tipo. Todos los daños se hayan incluidos, como ha quedado expuesto, en el tipo del delito relativo a la protección ambiental. El Derecho público «publifica» el daño al incluirlo en la estructura del tipo del delito. Es la vía adecuada para promover la reparación de todos los daños. A este razonamiento no es extraño, precisamente, el Tribunal Supremo en la Sentencia Prestige cuando dispone que «el importe de la responsabilidad, que abarcará en los términos que prevén los artículos 110 y 339 CP la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, *incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos*» y remacha en otro lugar, que esta «partida [la de los daños ambientales], supeditada a su acreditación en los términos expuestos, se considera de procedente inclusión en el quantum indemnizatorio como gasto necesario derivado de los hechos enjuiciados». A los efectos de la reparación íntegra, la regulación del Código penal tiene la ventaja, como he dicho, de posibilitarla, lo que no sería posible en el caso del Código civil. Por lo tanto, la regla ordinamental de la especialidad conduce a la aplicación preferente de las normas civiles del Código penal respecto de cualquier otra, en particular, las del Código civil.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo incurre en una contradicción al intentar «salvar» la aplicación del Convenio 1992 y, en cambio, resolver, con-

(ii) se producen en el seno de las denominadas relaciones de vecindad; relaciones que se establecen entre titulares de derechos. El problema radica, por lo tanto, en delimitar el alcance de los respectivos derechos, el derecho a realizar actividades en el propio fundo que puedan producir emisiones y el derecho del propietario del fundo ajeno a no sufrir tales emisiones. Este requisito está relacionado con la denominada alteridad para evitar la confusión con la responsabilidad contractual;

(iii) se basa en la existencia de una inmisión antijurídica, a diferencia del Derecho público que se basa en la licitud de la actividad productora del efecto dañoso, lo que está llamado a ser fuente de conflictos entre el Derecho privado y el Derecho público, pero lo que es más importante, al centrarse en la inmisión se está asumiendo una perspectiva subjetiva, personalista y patrimonialista, en coherencia con los presupuestos sobre los que se basa la institución de la responsabilidad civil, porque lo relevante es que el daño ambiental sea un daño subjetivo, no la misma legitimidad del daño ambiental; es significativo a este respecto que lo relevante de los supuestos citados del artículo 1908 CC no es que los humos sean excesivos sino que sean «nocivos a las personas o a las propiedades».

Y (iv) la actividad dañosa y, en particular, su misma legalidad es irrelevante puesto que la perspectiva de la institución es el de la licitud de la producción del daño, con independencia de si la acción productora sea o no lícita.

¹⁴⁹ Un supuesto distinto es el de los ruidos. Aunque también con limitaciones, no se puede negar que la vía civil puede ser una vía para la protección de la tranquilidad frente a las inmisiones sonoras. Vid. FERNÁNDEZ URZAINQUI (2004: 183 y ss.).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

forme, exclusivamente, a las normas civiles del Código. Aunque no se entiende en estas cuestiones, sí que reitera el criterio jurisprudencial en relación a la coordinación entre el Código penal y otras normas reguladoras de la responsabilidad civil. Aunque lo hace de manera contradictoria. Por un lado, recuerda que «nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil derivada de daños y perjuicios provocados por el vertido emanado de un buque que transporta hidrocarburos, cuyo resarcimiento se encuentra regulado por el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1991 y el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC) de 1992, instrumentos asumidos por España y publicados respectivamente en el BOE de 20 de septiembre de 1995 y 11 de octubre de 1997, es decir, son normas vigentes y aplicables, y lo eran a la fecha de los hechos.»

Por otro, rebate, como sostenían los recurrentes, la inaplicabilidad de las limitaciones del Convenio 1992¹⁵⁰, al sostener que «la jurisprudencia más reciente considera que, *salvo en caso de contradicción con alguna previsión específica de la normativa contenida en el CP*, el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada de delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable (entre otras SSTS 298/2003, de 14 de marzo; 936/2006, de 10 de octubre; 108/2010, de 4 de febrero; 357/2013, de 29 de abril; 64/2014, de 11 de febrero; 212/2015, de 11 de junio, o 778/2015, de 18 de noviembre).»

Y, por último, remacha su argumento: «Ciento es que el artículo 1092 CC establece que las obligaciones civiles que surjan de los delitos se regirán por las disposiciones del Código Penal, pero también lo es que el artículo 109 de este último remite en lo concerniente a la reparación de los daños y perjuicios derivados de la ejecución de un hecho delictivo a «los términos previstos en las leyes», es decir a las que regulan la materia de que se trate. A modo de ejemplo hoy nadie discute la limitación de responsabilidad civil que surge de los hechos cometidos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor a consecuencia de la normativa en materia de seguros y los baremos que la misma incorpora.»

¹⁵⁰ «Discuten los recurrentes la aplicabilidad de este sistema de responsabilidad a la que surge del delito. Al hilo de ello se apoyan en dos sentencias de esta Sala de 17 de enero de 1992 y de 21 de septiembre de 1994, que no admitieron la aplicación del sistema de limitación de deuda en supuestos de abordaje regulada en el Código de Comercio, por considerar que la 133 responsabilidad que surge del delito es ilimitada, sujeta al régimen propio del artículo 22 del CP (Texto refundido de 1973) e inmune a las limitaciones o peculiaridades propias de la legislación mercantil.»

Hay una contradicción evidente entre la doctrina que el Tribunal cita y el hecho de que se separa del Convenio 1992 en relación con los daños cubiertos. El Tribunal no repara en este extremo. Al contrario, reitera, como he citado ya, en varias ocasiones, que la responsabilidad comprende los daños ambientales en todas sus dimensiones o aspectos, así como los daños morales («obvios, extensos y profundos»). Esta afirmación es contradictoria, con el concepto de daño sostenido en el Convenio 1992. En consecuencia, nos encontramos con una de las salvedades a las que el Tribunal alude: el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada de delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable, «*salvo en caso de contradicción con alguna previsión específica de la normativa contenida en el CP*». Esta determinación específica se refiere, precisamente, al daño que forma parte del tipo penal y, por consiguiente, cubierto por la responsabilidad civil.

En tercer lugar, las afirmaciones del Tribunal Supremo no se pueden realizar desde el Código civil ni desde el Convenio 1992. Sólo son posibles desde lo que disponen las normas civiles del Código penal en su interna coordinación con lo dispuesto en el tipo penal que, como ya se ha expuesto, incluye como elemento del tipo no cualquier tipo de daño, ni, incluso, cualquier tipo de daño ambiental, sino la fórmula más genérica posible: *la perturbación grave al equilibrio de los sistemas naturales*. No se trata, sólo, del daño a un recurso determinado¹⁵¹, sino al equilibrio del sistema natural¹⁵², o sea, a la Naturaleza como conjunto integrado y sistémico de todos los recursos.

¹⁵¹ En la versión del Código, vigente en el momento del vertido, el 325 CP disponía: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro 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, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, 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.» Se ha entendido que perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, como ha sido analizado, era la consecuencia esencial del tipo en relación con ciertas actividades que afectaban, por su misma lógica, a ciertos recursos. En el vigente Código, ya no es así. Se distingue entre el tipo relativo a producir daños a ciertos recursos (aire, suelo, agua, animales o plantas) y el cualificado que suma a la producción de los daños indicados, el perjuicio cualificado («gravemente») al equilibrio de los sistemas naturales.

¹⁵² El Código penal, en la versión original del artículo 325, la aplicable en el caso Prestige, habla de «sistemas naturales», en plural. Esa pluralidad sólo es posible distinguiendo los ámbitos de la Naturaleza o Ecosistema más próximo al ámbito en el que el daño a los recursos se produce y que reflejaría la integración sistémica de tales recursos. Sería una suerte de sistema natural local. En cambio, la Ley de Patrimonio Natural, como se expone, habla de la Naturaleza en general, como un objeto superior a cada uno de los recursos y, también, los sistemas naturales en los términos del Código Penal. En todo caso, tiene la misma perspectiva: por encima de los recursos y de cada uno de ellos, existe una realidad institucional que es la

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, incluye dos conceptos que son pertinentes a estos efectos. Por un lado, el de Ecosistema («complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional») y el de Patrimonio Natural («conjunto de bienes y recursos de la naturaleza fuente de diversidad biológica y geológica, que tienen un valor relevante medioambiental, paisajístico, científico o cultural») (art. 3). Lo más sobresaliente es que estos conceptos, próximos o equivalentes a «sistema natural» del Código penal, son diferentes de otros como el de recursos naturales¹⁵³ y sus distintas variedades, como los recursos biológicos, los genéticos, entre otros. Con esto quiero señalar que el concepto de daño al que se refiere el Código penal es tan amplio como el «objeto» susceptible de ser dañado: el «sistema natural» que está relacionado con el ecosistema e incluso el patrimonio natural. Si éste es el objeto de integrar el tipo, escapa a todas luces del ámbito de la legislación civil del Código civil y, en particular, del Convenio 1992. Nos encontramos, así, como el mismo Tribunal lo ha entendido, con un ámbito en el que existe una «contradicción con [una] previsión específica de la normativa contenida en el CP». En consecuencia, se ha de aplicar las normas civiles del Código penal, con exclusión de otras como las del Convenio 1992 e, incluso, las del Código Civil.

En definitiva, cuando el vertido de hidrocarburos procedentes de un buque encaja en el tipo penal, concurren fuerzas ordinamentales muy fuertes que terminan forzando a que la depuración de las responsabilidades por todos los daños producidos sea el fruto coordinado del Convenio 1992 y de las normas civiles del Código penal. En tal caso, al apreciarse los requisitos subjetivos (culpabilidad; imprudencia) y objetivos (daños con alteración grave de los equilibrios del sistema natural) del tipo, ni el responsable criminal (el capitán) ni el responsable civil subsidiario (el propietario) se pueden beneficiar del régimen de responsabilidad del Convenio 1992. El capitán porque la exclusión

que resulta de la interacción sistémica de estos. Que esa realidad institucional se pueda extender hasta comprender todos los de la Tierra, permitiría alumbrar los conceptos de la Ley de Patrimonio. En nada afecta, como digo, a la caracterización jurídica pertinente a nuestros efectos.

¹⁵³ Definidos como «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial, tales como: el paisaje natural, las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegética y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables».

opera por obra del mismo Convenio al concurrir la imprudencia (necesaria, como resulta evidente para la imputación del delito) y, en el caso del propietario, porque la responsabilidad subsidiaria que soporta no admite restricciones cuantitativas (por expresa determinación del propio Convenio 1992) y las cualitativas, relativas a los daños cubiertos, se «administran» entre lo dispuesto en el propio Convenio 1992 y en el Convenio complementario del FIDAC, en relación con lo que denomina como «daños ocasionados por contaminación». Cualquier otro daño que no encaja en dicha definición, pero si en el tipo penal del artículo 325 CP, en particular, los demás daños ambientales y, así mismo, los morales, no expresamente incluidos en el ámbito conceptual de los «daños ocasionados por contaminación», deberán depurarse conforme a las normas civiles del Código penal. Por lo tanto, la vía penal tiene, al menos, un efecto que fuerza a la coordinación de las normas del Convenio 1992 con las civiles del Código penal. La publicación, aunque penal, del vertido tiene la consecuencia de la ampliación de la responsabilidad civil hasta cubrir todos los daños derivados del hecho delictivo. El Convenio no puede servir de argumento ni de excusa frente a lo dispuesto en el Código penal.

D. CONCLUSIONES: LOS DAÑOS Y LOS CAUCES PARA SU REPARACIÓN. EL RETO DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

El caso Prestige nos muestra con extraordinaria fuerza las dificultades para encontrar el cauce adecuado para la reparación íntegra de todos los daños ambientales. El vertido produjo una amplia relación de daños. Siguiendo la clasificación tradicional, nos encontramos tanto con daños patrimoniales como ambientales¹⁵⁴. Son indemnizables tanto el daño emergente como el lucro cesante, o sea, tanto la pérdida efectivamente sufrida como las ganancias dejadas de obtener por la víctima (art. 1106 CC)¹⁵⁵. El Convenio 1992 los incluye; el artículo I.6 especifica que «la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse.» Los gastos de restauración¹⁵⁶ y las pérdidas derivadas de

¹⁵⁴ Aunque no se pueden descartar también los daños morales, Vid. RUDA (2007: 60 y ss.).

¹⁵⁵ Vid. RUDA (2007: 69 y ss.).

¹⁵⁶ RUDA (2007: 71) expone que «según el FIDAC, son resarcibles los costes para limpiar completamente la orilla del mar y la ribera de los ríos y las playas, así como las instalaciones de las playas, barcos y construcciones relacionadas con el mar. Esto comprende claramente el coste de limpiar el llamado cha-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

tales daños¹⁵⁷, según la interpretación del FIDAC¹⁵⁸. Además, el Convenio incluye entre los gastos indemnizables «el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas» (art. I.6). En este caso, el requisito es que se traten de medidas adoptadas cuando existe una amenaza grave e inminente de daño¹⁵⁹, tanto antes, como durante así como después del accidente. El daño no es necesariamente el resultado de un único evento que, una vez producido, lo agota¹⁶⁰. Y la amenaza del mismo tampoco se agota en un momento determinado en eventos como el que nos ocupa. La prevención puede extenderse durante mucho tiempo mientras subsista la posibilidad de que el peligro se actualice en cualquier momento¹⁶¹. Han de ser medidas «razonables» en relación con la amenaza y con las soluciones adoptadas: la realidad y la importancia de la amenaza y la proporcionalidad de las medidas¹⁶². La indemnización comprende tanto las medidas adoptadas como los efectos igualmente dañinos derivados de tales medidas, así como los daños ulteriores, o sea, el lucro cesante.

El problema jurídico más relevante se plantea respecto de ciertos daños no incluidos, expresamente en el Convenio 1992, como los denominados daños ambientales puros¹⁶³, pero también, los morales, que, sin embargo, todos ellos, el Tribunal Supremo los considera indemnizables. La importancia, como ha quedado dicho, es singularmente relevante. Entre éstos se incluyen los sufridos por los recursos vivos no humanos, la biodiversidad en su conjunto (y su interacción) y los ecosistemas naturales (integrando biota y abiotas), sin olvidar los recursos naturales no bióticos que no son objeto de apropiación como la atmósfera. Todos estos «objetos» carecen de dueño.

Todos los daños, patrimoniales o ambientales, deben hacer nacer en su responsable la obligación de su reparación. El artículo 1902 CC marca los lí-

papote.» Abarca tanto la propiedad privada como el dominio público afectados. Se tratan de los gastos de la restauración lo que incluye todos los gastos materiales como de personal comprometidos en la limpieza de los bienes dañados. Si no fuera posible la restauración, se procederá a la indemnización.

¹⁵⁷ Sería posible la indemnización de los denominados daños patrimoniales puros que son los perjuicios sufridos como efecto reflejo de los daños de los recursos naturales. Es el caso de los pescadores y de los hosteleros. Vid. RUDA (2007: 86 y ss.).

¹⁵⁸ Manual de reclamaciones del FIDAC (disponible en http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopc-publications/Manual_de_reclamaciones.pdf).

¹⁵⁹ RUDA, 2007: 76.

¹⁶⁰ El caso Prestige, el pecio conservaba importantes cantidades de hidrocarburos que era imprescindible su extracción como así se llevó a cabo. Era una amenaza de daño que se neutralizó una vez ya producido el siniestro.

¹⁶¹ Los estudios para prevenir los daños tales como el seguimiento o monitorización son un ejemplo de los gastos de este tipo.

¹⁶² RUDA, 2007: 81.

¹⁶³ Vid. RUDA (2007: 99 y ss.).

mites de la institución jurídica que transmuta los daños en una responsabilidad jurídica que se traduce en una obligación de reparación. El citado artículo dispone, como ya ha sido comentado, que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.» El problema jurídico del encaje de los daños ambientales en la institución resulta de esa llamada al «otro». La exigencia de un «otro», de una persona que tenga derechos sobre lo dañado que le permita en términos jurídicos ser considerado como perjudicado o dañado. El otro que tiene un título jurídico, usualmente, de propiedad, sobre el bien u objeto que ha sufrido el daño. A partir de ese «otro», con tal título, la institución funciona. El perjuicio sufrido por el recurso no hace surgir la obligación de reparar. El daño es el que sufre el «otro» es que hace surgir la obligación y el correlativo derecho a la reparación a favor del titular del bien dañado. Es un juego entre personas, con derechos y obligaciones delimitados que se desencadenan de cumplirse la condición fáctica prevista en la norma: «causa[r] daño a otro». Este hecho desencadena la norma jurídica en la previsión de un derecho y de la correlativa obligación. El daño ambiental no encaja en este esquema. Ahora bien, desde el momento en que es posible «identificar» otros títulos de «apropiación» del bien, más allá de la propiedad o de la demanialización, asociados al uso y disfrute del recurso y de la Naturaleza, es posible reconstruir las claves dogmáticas de la responsabilidad identificando un sujeto responsable y otro que sufre una pérdida en sus derechos, no sólo patrimoniales, en sentido estricto, sino otros que le habilita el uso/disfrute del recurso. Este derecho, en cuanto a la Naturaleza, se construye alrededor de la condición, incluso, legal, de Patrimonio Natural. Todos los ciudadanos, de una u otra manera, son titulares de derechos sobre los recursos que van desde el más fuerte, desde el punto de vista institucional, como es la propiedad, a otros, más débiles, pero igualmente existentes en términos jurídicos, como el uso/disfrute de la Naturaleza en tanto que Patrimonio de todos.

Los daños sufridos por los recursos biótico y abiótico, así como los ecosistemas, aún cuando carecen de dueño, son reales, pero no debería ser un obstáculo para que opere la institución de la responsabilidad, una vez reconocida la existencia del «otro» dañado y con posibilidad jurídica de accionar para obtener la compensación. El siguiente problema que se plantea es el de la cuantificación. No se puede confundir la realidad del daño con la dificultad de su traducción monetaria. Esta dificultad parece condonar aquellos daños a ser calificados como «especulativos». Nadie pone en duda las muertes de especies vivas. Como no se pueden cuantificar, se hacen desaparecer. Los daños resar-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

cibles sólo podrían ser los daños cuantificables. La cantidad condiciona la existencia del daño. Al menos, la existencia jurídica. Es una situación absurda.

Aún más absurda cuando estos daños no sólo existen, sino que son cuantificables, aun cuando de otra manera distinta al uso; no conforme a los criterios que condenan a la «inexistencia» estos daños. El problema es el de la exactitud. La cuantificación no es exacta por cuanto no hay parámetros que sirvan para calibrar su corrección. No hay un mercado que ofrezca el contraste imprescindible para determinar que la cifra resultante es exacta o correcta. No lo hay, pero sí que es posible construir una ficción de mercado, mediante la suposición de la voluntad de pagar por disfrutar de los recursos perdidos. La cuantificación siempre será «especulativa». Y lo será porque nunca será posible construir la suposición de su corrección.

Otra forma de proceder a la cuantificación, también indirecta, sería mediante el cálculo del coste de un programa que permita la recuperación de los recursos dañados. El parámetro no sería la apropiación cuanto la conservación. Que se fije el valor en función de los costes para la conservación durante un plazo razonable de las especies y de los ecosistemas afectados. La pregunta pasaría a ser: ¿cuánto se necesitaría para asegurar durante un plazo razonable de años la ejecución de un programa de conservación? Sería una cantidad razonable para alcanzar un objetivo igualmente razonable durante un plazo también razonable. Es la razonabilidad de lo que aporta a los seres humanos la conservación de la especie y del ecosistema afectado. Esta aportación sí que podría ser cuantificable y, además, con la misma exactitud que la de los daños patrimoniales. Sería posible construir la suposición de corrección porque lo sería para determinar la conservación futura de la especie durante un plazo razonable.

En todo caso, la importancia de los daños ambientales fuerza, llevado por el principio constitucional «quien contamina paga», a encontrar una reparación por parte de aquel que es, además, calificado como responsable criminal del hecho causante de los daños. La coordinación entre el Convenio 1992, y su superioridad normativa, y el resto de las normas civiles de nuestro ordenamiento jurídico es posible desde el momento en que aquél proyecta la eficacia de sus normas sobre un ámbito delimitado objetiva y subjetivamente. Cualquier otro objeto o sujeto que escapen de dicho ámbito caerán dentro del campo de ordenación de cualquier otra norma. Entender que la prohibición que protege al propietario para que no se le pueda dirigir ninguna «reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación» que no se ajuste al Convenio, supone, entre otros efectos, forzar el propio significado que en el Convenio se le da a los términos «daños ocasionados por contaminación».

Tiene sentido que la reclamación relativa a tales daños, según la definición del Convenio, sólo se puede hacer en los términos del Convenio. Sin embargo, cualquier otro daño producido por el vertido, pero que no encaja, como digo, en el ámbito conceptual delimitado por el propio Convenio, se podrá depurar por los mecanismos de la responsabilidad regulada por el Derecho interno. Si, además, tales daños forman parte de la estructura de un tipo penal, habrán de ser, por obra de la regla de especialidad, las normas civiles del Código penal. Esta argumentación salva la incoherencia entre lo afirmado por el Tribunal y lo actuado, en particular, permite la plena satisfacción de todos los daños, incluidos los morales, que forman parte de la estructura del tipo penal (art. 325 CP).

TERCERA PARTE

ASEGURAMIENTO Y

ACCIÓN DIRECTA

VI

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CASO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS P & I. EL «CAMINO» INGLÉS Y EL ESPAÑOL

El aseguramiento de la responsabilidad por daños ambientales tiene dos finalidades. La más inmediata es, propiamente, la de la cobertura de los riesgos derivados de una actividad singularmente peligrosa, desde el punto de vista ambiental. Esto significa que el operador, en terminología de la Ley de responsabilidad ambiental (Ley 26/2007), de la actividad peligrosa, traslada al asegurador, el riesgo de que el peligro se actualice ocasionando los daños correspondientes con la consiguiente obligación de su compensación y la pérdida patrimonial que supondría. Esta sería la finalidad reparadora; la usual de los seguros de responsabilidad civil. Sin embargo, desde el punto de vista estratégico, el aseguramiento, como he explicado en otro lugar¹⁶⁴, contribuye a la protección ambiental. Tiene una finalidad preventiva. Por un lado, la empresa aseguradora, al asumir los riesgos de la actividad, contribuye, con su examen y control, a que se adopten las medidas adecuadas para su minoración o, en caso contrario, o no se produce el aseguramiento o la prima se incrementa para asumir el riesgo. Y, por otro, el abono de la prima, su cantidad, en función de los riesgos, contribuirá a que el asegurado adopte las medidas adecuadas de prevención. Tanto asegurador como asegurado trabajarán, necesariamente, para evitar que el daño se produzca. Una vez producido, entra en juego la otra

¹⁶⁴ BETANCOR 2014: 1447 y ss.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

finalidad, la reparación. En caso de producirse el evento dañoso cubierto por la póliza, la mayor solvencia económica de la compañía aseguradora, permitiría la cobertura de todos los gastos de la reparación de los daños y la recuperación de la zona afectada.

Cuanto más peligrosa sea la actividad, más imprescindible será la preventión. No hace desmerecer la finalidad reparadora, pero, dada la naturaleza y transcendencia de los daños ambientales, aquella primera debería ser la más relevante. El transporte marítimo y, en particular, el de hidrocarburos, es una actividad de este tipo. Por consiguiente, el aseguramiento es obligatorio. Las normas, incluso, internacionales, exigen que el buque cuente con un seguro de responsabilidad civil.

A. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CASO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS Y, EN PARTICULAR, EL DENOMINADO CONTRATO P & I. EL CONTRATO DEL BUQUE PRESTIGE

El riesgo del surgimiento de la responsabilidad civil se pretende cubrir mediante el contrato de seguro¹⁶⁵. El daño que el asegurado podría sufrir en su patrimonio, de estimársele responsable civil, constituye el riesgo que el seguro pretende proteger en el caso de producirse efectivamente el siniestro delimitado en el correspondiente contrato.

El Convenio 1992 vincula la responsabilidad objetiva del propietario del buque (art. III.1) con la imposición de la obligación de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil (art. VII). Un seguro que «cubr[a] su responsabilidad por daños causados por la contaminación con arreglo a este Convenio» (art. VIII.1). El seguro protegería frente a la responsabilidad del propietario y por los daños a los que se refiere el Convenio. En el caso de los demás sujetos no propietarios (entre los que se incluyen, al fletador, gestor naval o armador del buque, así como los empleados o agentes de los indicados sujetos), ni están obligados a soportar la reclamación, salvo que concurran con dolo o culpa grave a la producción de los daños, ni están obligados a contratar un seguro. En la práctica, como parece lógico, tanto el propietario (obligado) como el no propietario del buque (fletador, agente naval, armador, ...), se protegen frente a los riesgos con el correspondiente contrato de seguro.

¹⁶⁵ Es una de las estrategias lógicas para cubrirse frente a los riesgos. ALONSO SOTO (2000: 194). Sobre el contrato de seguro de responsabilidad civil Vid. CALZADA CONDE (2005).

1. Contrato P & I. El contrato de aseguramiento del Prestige

En el caso específico del Prestige, tanto el propietario del buque («Mare Shipping Inc.») como el armador («Universe Maritime Ltd.») tenían contraído un seguro de responsabilidad con la mutualidad inglesa «The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited»; un contrato de seguro de Protección e Indemnización («P&I»). También tenían contraído otro de Flete, Demora y Defensa («FD&D»). Estos contratos estaban sujetos al Derecho inglés. El contrato P & I es el que reviste más interés a nuestros efectos. Es el que cubría la responsabilidad civil de propietario y armador por los daños producidos por la contaminación causada por el buque¹⁶⁶. Su principal singu-

¹⁶⁶ Como se expondrá más adelante, el contrato de seguro del Prestige dio origen a una controversia que se ha resuelto, en primer lugar, con un Laudo arbitral de 13 de febrero de 2013 y, en segundo lugar, con la Sentencia de la Commercial Court de 22 de octubre de 2013 que, a su vez, en tercer lugar, fue confirmada en apelación por Sentencia de 1 de abril de 2015. En el primero se contiene unos datos relevantes del seguro en los siguientes términos que me limito a reproducir:

«11. En el ejercicio comenzado el 20 de febrero 2002, el Buque fue registrado en el Club tanto con una cobertura P&I, como con una cobertura FD&D.

12. El contrato de seguro respecto a la cobertura P&I (en adelante, “la Cobertura del Club”) fue probado mediante un Certificado de Inscripción, por el que el Club se compromete a proporcionar cobertura P&I para los Armadores (Mare Shipping Inc.) y los Gestores (Universe Maritime Ltd.) del Buque respecto, entre otras cosas, y con sujeción a los términos de la Cobertura del Club, a las responsabilidades por contaminación hasta un importe total máximo de 1.000.000.000 USD. Entre las disposiciones clave del Certificado de Inscripción se incluyen:

“CERTIFICAMOS que el registro del buque mencionado en la Asociación ha sido renovado desde el mediodía (GMT) del 20 de febrero de 2002, de conformidad con las Normas de la Clase 5 – Protección e Indemnización, pero con sujeción a los términos y condiciones especiales de registro que se exponen a continuación.

A. BILBROUGH & CO. LTD. (Gestores)

Registro de Londres No. 116377

BUQUE TONELAJE BRUTO

Prestige 42820

Miembro (s): Mare Shipping Inc., Liberia, (Armadores) Universe Maritime Ltd., (Gestores)”

“PRESTIGE

Límite de Responsabilidad debida a contaminación por petróleo

La cobertura por Riesgos de Contaminación por Petróleo se limita de conformidad con la Norma 11 a un importe total máximo de 1.000.000.000 USD (mil millones de Dólares Estadounidenses) a raíz de cualquier incidente con respecto a cualquier buque inscrito.

Este Certificado de Inscripción únicamente es prueba del contrato de seguro de indemnización entre el (los) Miembro(s) anteriormente mencionado(s) y la Asociación, no debiendo interpretarse como prueba de cualquier compromiso, económico o de otro tipo, por parte de la Asociación respecto a cualquier otra parte.

En caso de que un Miembro presente este certificado como prueba de seguro de conformidad con cualquier ley aplicable relativa a la responsabilidad financiera, o lo muestre de otro modo, o lo ofrezca a cualquier otra parte como prueba de seguro, tal uso de este certificado por dicho Miembro no deberá considerarse como una indicación de que la Asociación consiente por éste actuar como garante, ni que accede a que se le demande directamente en cualquier jurisdicción. La Asociación no consiente lo expuesto.

La obligación del (de los) miembro(s) nombrado(s) en este Certificado de Inscripción de pagar Cuotas de Aportes Adicionales y de Desvinculación se rige por las Normas 32 y 36. Asimismo, el(los) Miembro(s) puede(n) pasar a ser responsable(s) de conformidad con la Norma 33 del Pago por Siniestro Excedente para cubrir la proporción de la Asociación de cualquier Siniestro Excedente hasta el límite por buque que establece la Norma 33.5”.

13. La Cobertura del Club está sujeta a las Normas de Clase 5 del Club – Protección e Indemnización (en adelante, “las Normas”) [C/3/22-111]. Estas disponen, en su parte esencial, lo siguiente:

“NORMA 1. INTRODUCTORIA

1.2 Todo seguro ofrecido por la Asociación dentro de esta clase es a modo de indemnización, y se considerará que todos los contratos relativos a éste incorporan las disposiciones de estas Normas, salvo en la medida en que tales disposiciones sean modificadas por cualquier condición especial que haya sido acordada de conformidad con estas Normas...; todos los contratos y estas Normas se regirán por el Derecho inglés, quedando sujetos a las disposiciones de la Ley sobre Seguro Marítimo de 1906 y a cualquier modificación legal de la misma.

1.3 ...sea cual sea el seguro ofrecido por la Asociación dentro de esta clase siempre estará sujeto a las salvedades, garantías, condiciones, excepciones, limitaciones y demás términos expuestos en el resto de estas Normas.

NORMA 3. DERECHO DE RECOBRO

3.1 En caso de que un Miembro soporte obligaciones, costes o gastos por los que esté asegurado, tendrá derecho a la recuperación de los mismos por parte de la Asociación a partir de los Fondos de esta Clase, SIEMPRE QUE:

3.1.1 el Miembro efectúe el pago real (a partir de cantidades pertenecientes a éste con carácter absoluto y no a modo de préstamo o de otro modo) de todo el importe de tales obligaciones, costes y gastos, lo cual será una condición previa a su derecho de recobro; [en adelante, ‘la cláusula pagar para ser pagado’] ...

NORMA 9. RIESGOS CUBIERTOS

9.1 Con sujeción a cualquier condición especial que pueda acordarse por escrito, un Miembro estará asegurado respecto a cada buque inscrito por éste en esta Clase frente a los riesgos expuestos en las Normas 9.2 – 9.28, SIEMPRE QUE tales riesgos surjan:

9.1.1 respecto a los intereses del Miembro en tal buque; y

9.1.2 en relación con la utilización de tal buque por tal Miembro o en nombre de éste; y

9.1.3 a partir de acontecimientos que se produzcan durante el periodo de inscripción de tal buque. ...

9.15 Contaminación:

9.15.1 Las obligaciones, costes y gastos expuestos en las Normas 9.15.1.1 – 9.15.1.4, en la medida en que se deriven de la descarga o escape de un buque inscrito de petróleo o cualquier otra sustancia contaminante, o la amenaza de tal descarga o escape, a saber:

9.15.1.1 La responsabilidad por pérdida, daños o contaminación...

9.15.1.3 El coste de las medidas razonablemente adoptadas (o adoptadas en cumplimiento de cualquier orden o instrucción dadas por cualquier gobierno o autoridad) a efectos de evitar la amenaza o reducir al mínimo la contaminación, y la responsabilidad soportada como resultado de dichas medidas...

NORMA 11. LIMITACIONES DE COBERTURA...

11.3 La recuperación estará limitada a un máximo de 1.000.000.000 US\$ (mil millones de Dólares Estadounidenses) a raíz de cualquier incidente con respecto a cualquier buque inscrito, y respecto a la responsabilidad por contaminación por petróleo, incluidas las multas, costes y gastos y la limpieza, así como los daños pagaderos a cualquier otra persona que puedan surgir respecto a la responsabilidad por contaminación por petróleo, ya sea de conformidad con la Norma 9.15 (Contaminación)...o cualquier otra sección de la Norma 9 o cualquier otra Norma o combinación de las mismas...

NORMA 43. JURISDICCIÓN Y DERECHO ...

43.2 Salvo los asuntos a los que hace referencia la Norma 43.1 [relativa a garantías], y con sujeción a la Norma 33.4 [relativa a Siniestros Excedentes], en caso de que surja cualquier diferencia o controversia

laridad es la intervención de las mutualidades de armadores o los denominados Club P&I.

Estas sociedades monopolizan el aseguramiento mundial de los buques¹⁶⁷. Su originalidad radica en su carácter mutualístico. No son constituidas para obtener un beneficio sino para ayudar a sus miembros, propietarios y armadores de buques, en relación con el aseguramiento del riesgo correspondiente. En consecuencia, «en los clubs de P&I coinciden en una misma persona la condición de socio y asegurado, con lo que el miembro deberá asumir las obligaciones derivadas del contrato de sociedad y del de seguro»¹⁶⁸. Estos Clubs ofrecen diversas coberturas a sus miembros, de la que la del seguro P&I constituye la más importante. Es el denominado «seguro de la responsabilidad civil del naviero»¹⁶⁹.

Este seguro tiene tres características principales¹⁷⁰. Es un seguro (i) de *responsabilidad frente a terceros* cuyo objeto es la cobertura de la responsabilidad extracontractual en que pueda incurrir el naviero frente a terceros, con una importante peculiaridad: «el seguro P&I satisface la indemnización al asegurado, no al tercero perjudicado y por eso se dice que, como seguro de responsabilidad, es un seguro de deuda»¹⁷¹; (ii) *adicional* al seguro ordinario: «cubre las responsabilidades no cubiertas por el seguro marítimo ordinario»¹⁷² como el seguro de cascos; y (iii) *mutuo* o de base mutualista. Los riesgos cubiertos son heterogéneos y cambiantes. En lo que ahora nos interesa, en relación con el Prestige, el contrato P&I suscrito con el Club y el propietario y el armador del buque protegía frente a los riesgos de la contaminación producida por el vertido de hidrocarburos transportados¹⁷³.

entre un Miembro y la Asociación a partir de estas Normas o en relación con éstas, o a partir de cualquier contrato entre el Miembro y la Asociación, o respecto a los derechos u obligaciones de la Asociación o del Miembro de conformidad con las mencionadas Normas, o en relación con éstas, o respecto a cualquier otro asunto, tal diferencia o controversia se someterá a Arbitraje en Londres ante un único Árbitro, quedando el sometimiento a Arbitraje y todos los procedimientos de este sujetos a las Disposiciones de las Leyes de Arbitraje de 1950, 1979 y 1996 y a cualquier modificación legal o nueva promulgación de las mismas, y al Derecho inglés. En cualquiera de tales Arbitrajes, cualquier asunto decidido o establecido en una Sentencia o Laudo Arbitral (o en cualquier Razón dada por un Árbitro o Juez para dictar el Laudo) referente al procedimiento entre el Miembro y cualquier tercero será admisible como prueba. Ningún Miembro podrá entablar o mantener ninguna acción, demanda ni otros procedimientos contra la Asociación por ninguna de tales diferencias o controversias salvo que haya obtenido en primer lugar un Laudo Arbitral de conformidad con esta Norma [en adelante, “el acuerdo de arbitraje”].

¹⁶⁷ ARROYO, 2001: 1447; HUERTAS & RODRÍGUEZ, 2004: 124.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ & TORRES, 2006: 512.

¹⁶⁹ ARROYO, 2001: 1445.

¹⁷⁰ Seguimos la relación y la descripción de ARROYO (2001: 1446).

¹⁷¹ ARROYO, 2001: 1446.

¹⁷² ARROYO, 2001: 1446.

¹⁷³ La Cobertura del Club está sujeta a las Normas de Clase 5 del Club-Protección e Indemnización [C/3/22-111] que en la NORMA 9 RIESGOS CUBIERTOS se disponía, en lo que resulta de mayor interés, lo siguiente:

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

El propietario y el armador del buque Prestige tenían contraído, por virtud de un contrato P&I, un seguro de responsabilidad civil con la mutualidad inglesa «The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited». El riesgo cubierto era el de la responsabilidad civil por los daños producidos por el vertido de hidrocarburos procedente del buque. El riesgo estaba limitado, no sólo en relación con los daños, sino también el importe de la indemnización¹⁷⁴. Y, además, el Club sólo respondía una vez el asegurado (proprietario y armador) hubiesen abonado la indemnización correspondiente por lo que tendría, a partir de este hecho, un derecho al recobro correspondiente: la denominada cláusula «pagar para ser pagado»¹⁷⁵. Las partes así lo habían

«9.1 Con sujeción a cualquier condición especial que pueda acordarse por escrito, un Miembro estará asegurado respecto a cada buque inscrito por éste en esta Clase frente a los riesgos expuestos en las Normas 9.2 – 9.28, SIEMPRE QUÉ tales riesgos surjan:

- 9.1.1 respecto a los intereses del Miembro en tal buque; y
- 9.1.2 en relación con la utilización de tal buque por tal Miembro o en nombre de éste; y
- 9.1.3 a partir de acontecimientos que se produzcan durante el periodo de inscripción de tal buque...

9.15 Contaminación:

9.15.1 Las obligaciones, costes y gastos expuestos en las Normas 9.15.1.1 – 9.15.1.4, en la medida en que se deriven de la descarga o escape de un buque inscrito de petróleo o cualquier otra sustancia contaminante, o la amenaza de tal descarga o escape, a saber:

- 9.15.1.1 La responsabilidad por pérdida, daños o contaminación...

9.15.1.3 El coste de las medidas razonablemente adoptadas (o adoptadas en cumplimiento de cualquier orden o instrucción dadas por cualquier Gobierno o autoridad) a efectos de evitar la amenaza o reducir al mínimo la contaminación, y la responsabilidad soportada como resultado de dichas medidas...»

¹⁷⁴ La Cobertura del Club está sujeta a las Normas de Clase 5 del Club – Protección e Indemnización que disponen, en lo que ahora nos interesa:

NORMA 9 RIESGOS CUBIERTOS

9.1 Con sujeción a cualquier condición especial que pueda acordarse por escrito, un Miembro estará asegurado respecto a cada buque inscrito por éste en esta Clase frente a los riesgos expuestos en las Normas 9.2 – 9.28, SIEMPRE QUÉ tales riesgos surjan:

- 9.1.1 respecto a los intereses del Miembro en tal buque; y
- 9.1.2 en relación con la utilización de tal buque por tal Miembro o en nombre de éste; y
- 9.1.3 a partir de acontecimientos que se produzcan durante el periodo de inscripción de tal buque...

9.15 Contaminación:

9.15.1 Las obligaciones, costes y gastos expuestos en las Normas 9.15.1.1 – 9.15.1.4, en la medida en que se deriven de la descarga o escape de un buque inscrito de petróleo o cualquier otra sustancia contaminante, o la amenaza de tal descarga o escape, a saber:

- 9.15.1.1 La responsabilidad por pérdida, daños o contaminación...

9.15.1.3 El coste de las medidas razonablemente adoptadas (o adoptadas en cumplimiento de cualquier orden o instrucción dadas por cualquier gobierno o autoridad) a efectos de evitar la amenaza o reducir al mínimo la contaminación, y la responsabilidad soportada como resultado de dichas medidas. ...

NORMA 11 LIMITACIONES DE COBERTURA...

11.3 La recuperación estará limitada a un máximo de 1.000.000.000 US\$ (mil millones de Dólares Estadounidenses) a raíz de cualquier incidente con respecto a cualquier buque inscrito, y respecto a la responsabilidad por contaminación por petróleo, incluidas las multas, costes y gastos y la limpieza, así como los daños pagaderos a cualquier otra persona que puedan surgir respecto a la responsabilidad por contaminación por petróleo, ya sea de conformidad con la Norma 9.15 (Contaminación)... o cualquier otra sección de la Norma 9 o cualquier otra Norma o combinación de las mismas...»

¹⁷⁵ La Cobertura del Club está sujeta a las Normas de Clase 5 del Club-Protección e Indemnización que disponen, en lo que ahora nos interesa, lo siguiente:

convenido en virtud de la autonomía de la voluntad que el Derecho inglés les reconoce.

Otra característica, no menor y que se ha revelado determinante, es la relativa al Derecho al que estaba sujeto: el Derecho inglés (Ley sobre Seguro Marítimo de 1906). Además, las eventuales controversias que pudieran suscitarse se resolverían por la vía del arbitraje ante árbitro inglés y conforme al Derecho inglés¹⁷⁶.

2. Los desajustes del contrato a la legislación española en materia del seguro de responsabilidad civil.

El contrato de aseguramiento del buque Prestige suscita varios conflictos con la legislación española aplicable en el momento en que se produjo el siniestro (13 de noviembre de 2002), en particular, la de la regulación de la res-

NORMA 3 DERECHO DE RECOBRO

3.1 En caso de que un Miembro soporte obligaciones, costes o gastos por los que esté asegurado, tendrá derecho a la recuperación de los mismos por parte de la Asociación a partir de los Fondos de esta Clase, SIEMPRE QUE:

3.1.1 el Miembro efectúe el pago real (a partir de cantidades pertenecientes a éste con carácter absoluto y no a modo de préstamo o de otro modo) de todo el importe de tales obligaciones, costes y gastos, lo cual será una condición previa a su derecho de recobro; [en adelante, «la cláusula pagar para ser pagado»]...

¹⁷⁶ Como ya he señalado, la Cobertura del Club está sujeta a las Normas de Clase 5 del Club – Protección e Indemnización que disponen, en lo que ahora nos interesa, lo siguiente:

«NORMA 1 INTRODUCTORIA

1.2 Todo seguro ofrecido por la Asociación dentro de esta clase es a modo de indemnización, y se considerará que todos los contratos relativos a éste incorporan las disposiciones de estas Normas, salvo en la medida en que tales disposiciones sean modificadas por cualquier condición especial que haya sido acordada de conformidad con estas Normas...; todos los contratos y estas Normas se regirán por el Derecho inglés, quedando sujetos a las disposiciones de la Ley sobre Seguro Marítimo de 1906 y a cualquier modificación legal de la misma.

1.3 ... sea cual sea el seguro ofrecido por la Asociación dentro de esta clase siempre estará sujeto a las salvedades, garantías, condiciones, excepciones, limitaciones y demás términos expuestos en el resto de estas Normas.

NORMA 43 JURISDICCIÓN Y DERECHO...

43.2 Salvo los asuntos a los que hace referencia la Norma 43.1 [relativa a garantías], y con sujeción a la Norma 33.4 [relativa a Siniestros Excedentes], en caso de que surja cualquier diferencia o controversia entre un Miembro y la Asociación a partir de estas Normas o en relación con éstas, o a partir de cualquier contrato entre el Miembro y la Asociación, o respecto a los derechos u obligaciones de la Asociación o del Miembro de conformidad con las mencionadas Normas, o en relación con éstas, o respecto a cualquier otro asunto, tal diferencia o controversia se someterá a Arbitraje en Londres ante un único Árbitro, quedando el sometimiento a Arbitraje y todos los procedimientos de este sujetos a las Disposiciones de las Leyes de Arbitraje de 1950, 1979 y 1996 y a cualquier modificación legal o nueva promulgación de las mismas, y al Derecho inglés. En cualquiera de tales Arbitrajes, cualquier asunto decidido o establecido en una Sentencia o Laudo Arbitral (o en cualquier Razón dada por un Árbitro o Juez para dictar el Laudo) referente al procedimiento entre el Miembro y cualquier tercero será admisible como prueba. Ningún Miembro podrá entablar o mantener ninguna acción, demanda ni otros procedimientos contra la Asociación por ninguna de tales diferencias o controversias salvo que haya obtenido en primer lugar un Laudo Arbitral de conformidad con esta Norma [en adelante, «el acuerdo de arbitraje】

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

ponsabilidad civil surgida de la contaminación por hidrocarburos del Convenio 1992 y del resto del Derecho interno español aplicable.

La responsabilidad surgió por daños producidos en territorio español y en aguas jurisdiccionales españolas. Esto significa que, como dispone el artículo IX.1 del Convenio¹⁷⁷, las reclamaciones de indemnización deberán promoverse ante Tribunales españoles. Los delitos ambientales se han producido en España y la competencia recae en estos Tribunales, como establece el artículo 23 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,¹⁷⁸ puesto que el criterio para determinar la competencia es el del lugar de la comisión del delito¹⁷⁹. La Ley aplicable es la española tanto para determinar la responsabilidad penal como la responsabilidad civil. El Código penal es taxativo cuando el artículo 109 CP dispone que «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.» Y el artículo 116 CP remacha que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.»

El cómo se ha de determinar la responsabilidad, lo será conforme a la legislación aplicable que es, por un lado, el Convenio 1992 y, por otro, las normas civiles del Código penal. En primer lugar, la responsabilidad recae en el propietario. En el Convenio, el dolo o culpa grave del propietario y de los demás sujetos no propietarios (como el armador), así como de los empleados y agentes de los indicados, tiene unos efectos jurídicos muy precisos. En el primer caso, el propietario no se puede beneficiar de limitación alguna en

¹⁷⁷ El artículo IX.1 del Convenio 1992 dispone que «cuando de un suceso se hayan derivado daños ocasionados por contaminación en el territorio, incluido el mar territorial, o en una zona a la que se hace referencia en el artículo II, de uno o más Estados contratantes, o se hayan tomado medidas preventivas para evitar o reducir al mínimo los daños ocasionados por contaminación en ese territorio, incluido el mar territorial o la zona, sólo podrán promoverse reclamaciones de indemnización ante los tribunales de ese o de esos Estados contratantes.»

¹⁷⁸ El artículo 23 Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.»

¹⁷⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 29 dic. 2008, rec. 2152/2007 ha interpretado este criterio en los siguientes términos:

«La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad.

De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos.»

cuanto a la indemnización. Y, en el segundo, la responsabilidad de armador, así como de los empleados y los agentes, queda sometida en su totalidad al Derecho interno. A su vez, por otro, la responsabilidad ex delito por los daños producidos por el vertido conforme al artículo 325 CP no admite limitaciones ni en cuanto a las personas responsables ni a los daños indemnizables porque, en última instancia, se pretende la reparación *in integrum* de los daños por parte de todos los responsables.

Además, tanto el Convenio como el Código penal reconocen la denominada acción directa: el derecho que tiene el dañado para dirigirse contra el asegurador para que éste responda directamente de los daños producidos por el asegurado y de los que son de su completa responsabilidad. El primero lo hace en el artículo VII.8¹⁸⁰, mientras que el Código penal lo sanciona en el artículo 117 CP¹⁸¹.

En cambio, el contrato de seguro P&I del Prestige introduce unas limitaciones que no encajan ni con lo dispuesto en el Convenio 1992 ni con el Código penal en relación con la responsabilidad ex delito. No cubre en su totalidad la responsabilidad civil ni del propietario ni del armador. Esto afecta a dos cuestiones básicas (i) el importe de la indemnización; y (ii) los daños cubiertos, al menos, por la responsabilidad ex delito. Hay una tercera que debemos introducir inmediatamente: la responsabilidad directa del asegurador. El artículo 117 CP dispone taxativamente que el asegurador es el responsable directo por lo que a él se le puede dirigir la acción de responsabilidad civil. Esto significa que el asegurador deberá soportar, en lugar del asegurado, todas las consecuencias de aquella responsabilidad. Así deberá suceder de manera directa. En cambio, una de las normas del contrato P&I del buque Prestige incluye la cláusula denominada «pagar para ser pagado» (pay to be paid). Según

¹⁸⁰ «Podrá interponerse cualquier acción para el resarcimiento de daños por contaminación directamente contra el asegurador o contra toda persona que provea la garantía financiera para cubrir la responsabilidad del propietario respecto de daños por contaminación. En tal caso el demandado podrá, aun cuando el propietario no tenga derecho a limitar su responsabilidad de conformidad con el artículo V, párrafo 2, valerse de los límites de responsabilidad que prescribe el artículo V, párrafo 1. Podrá valerse también de los medios de defensa (que no sean los de quiebra o liquidación de bienes del propietario) que pudiera invocar el mismo propietario. Además, el demandado podrá invocar la defensa de que los daños por contaminación resultaron de un acto doloso del mismo propietario, pero el demandado no podrá ampararse en ningún otro de los medios de defensa que le hubiera sido posible invocar en un proceso entablado por el propietario contra él. El demandado tendrá en todo caso el derecho de exigir al propietario que concorra con él en el procedimiento.»

¹⁸¹ «Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

esta cláusula, el asegurado debe afrontar la indemnización por los daños y sólo posteriormente podrá ejercer el derecho de recobro del Club. No hay, por lo tanto, responsabilidad directa del asegurador, como dispone el Código penal.

Tres son, así pues, las importantes limitaciones de la cobertura de la responsabilidad del contrato de seguro P&I del buque Prestige en relación con la legislación aplicable: (i) importe de la indemnización (no más de 1.000 millones de dólares); (ii) los daños cubiertos, que no incluyen ni los personales ni los ambientales; y (iii) la exclusión de la responsabilidad directa del asegurador. Estas limitaciones no tendrían relevancia jurídica si se considerase que son el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. El Derecho entregaría a las partes la posibilidad de pactar sobre las cuestiones expuestas. No es el caso. En el momento en que el siniestro se produjo, la legislación española del seguro, en particular, el marítimo, no reconocía dicha posibilidad.

El artículo 107.2 Ley 50/1980, del contrato de seguro, establecía que las partes son libres para elegir la legislación a la que debe sujetarse el contrato de seguro de responsabilidad civil del naviero¹⁸². Este precepto se incluyó por obra de la Ley 30/1995, 8 noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados que incorporaba a nuestro ordenamiento la Directiva 88/357, de 22 de junio¹⁸³. Sin embargo, en el apartado sexto del mismo artículo se especificaba que «lo dispuesto en los números precedentes se entenderá sin perjuicio de las normas de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro contra daños.» Las partes son libres para elegir, en relación con el tipo de contrato de responsabilidad civil del naviero, la legislación aplicable, pero con una excepción: las normas de orden públicos españolas, sobre las que las partes no tienen ninguna capacidad de elección. Por lo tanto, la consideración de las normas de responsabilidad civil por los daños procedentes del vertido como de orden público, implicaba

¹⁸² La vigente Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, establece, por un lado, que «as normas reguladoras de los seguros de responsabilidad civil se aplicarán no solamente a los de esta clase, sino también a las coberturas del riesgo de nacimiento de determinadas obligaciones de indemnizar a terceros incluidas en seguros marítimos de otra clase» (art. 463). La doctrina entiende que la última frase, relativa a los «seguros marítimos de otra clase», se refiere a los contratos P&I por lo que las reglas contenidas en la Ley le son aplicables a estos. Vid. RUIZ LIMA & MATA GARRIDO (2015: 399). Y, por otro, el artículo 465 dispone que el tercero perjudicado tiene acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación. Y se añade: «Será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo». No hay duda, como así ha sido interpretado, que la acción directa es un derecho indisponible; excluido de la autonomía de la voluntad de las partes (SIERRA NOGUERO, 2015).

¹⁸³ Directiva que llevaba por título: «coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE.»

que nada que las partes hubiesen establecido podía enervar su eficacia. Cobra pleno sentido que la aseguradora, el Club, evitase la aplicación del Derecho español. El argumento esencial, como ya ha sido expuesto, la plena aplicación de las cláusulas y sus consecuencias: arbitraje, responsabilidad subsidiaria, limitación cuantitativa y legislación inglesa.

B. EL «CAMINO INGLÉS»: EL LAUDO Y LA SENTENCIA DE LA COMMERCIAL COURT DE 22 DE OCTUBRE DE 2013

Una vez se produjo el delito ambiental en territorio y aguas de soberanía españolas, produciendo daños en territorio español y ciudadanos españoles, la competencia corresponde, como ya ha quedado dicho, a los Tribunales españoles. A éstos se les pidió que depurasen las responsabilidades penales y también las civiles asociadas a los hechos delictivos. Tanto el Ministerio Fiscal como la Administración General del Estado, entre otros, ejercitaron la acción directa para que la aseguradora asumiese la responsabilidad civil por los daños producidos. Esta acción judicial entraba en conflicto con las cláusulas del contrato de seguro P&I del buque Prestige. El problema para la aseguradora era tanto la acción directa como lo que suponía: la atracción de la controversia relativa al aseguramiento a la legislación y a los tribunales españoles. Si la aseguradora lo admitía, perdería la protección de las cláusulas del contrato. No olvidemos las importantes limitaciones, en los términos expuestos, que éste fijaba, en beneficio, precisamente, de la aseguradora.

La compañía aseguradora, la mutualidad inglesa «The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited», a la vista de la indicada acción y en previsión de una sentencia del Tribunal español que declarase su responsabilidad civil directa y la enervación de las limitaciones contractuales, decidió suscitar un arbitraje ante la Corte arbitral londinense por entender que la acción planteada entraba en conflicto con las cláusulas del contrato y que la controversia debía ventilarse, conforme a sus cláusulas, ante dicha corte y el Derecho inglés¹⁸⁴. Se abrían así, dos caminos jurídicos para

¹⁸⁴ Como ya he señalado, la Cobertura del Club está sujeta a las Normas de Clase 5 del Club – Protección e Indemnización que disponen, en lo que ahora nos interesa, lo siguiente:

NORMA 43 JURISDICCIÓN Y DERECHO...

43.2 Salvo los asuntos a los que hace referencia la Norma 43.1 [relativa a garantías], y con sujeción a la Norma 33.4 [relativa a Siniestros Excedentes], en caso de que surja *cualquier diferencia o controversia* entre un Miembro y la Asociación a partir de estas Normas o en relación con éstas, o a partir de cualquier contrato entre el Miembro y la Asociación, o respecto a los derechos u obligaciones de la Asociación o del Miembro de conformidad con las mencionadas Normas, o en relación con éstas, o respecto a cual-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

la depuración de la responsabilidad civil por los daños producidos por el vertido de hidrocarburos procedentes del buque: el «camino inglés», suscitado por la demanda de la aseguradora y el español, asociado a la responsabilidad penal por los eventuales delitos en que hubiesen incurrido los responsables del transporte y vertido.

El camino inglés tuvo dos fases. La primera arbitral y la segunda, propiamente, jurisdiccional. La primera se inició cuando la aseguradora suscitó el arbitraje, acogiéndose al clausulado del contrato. La Administración General del Estado decidió no comparecer al considerar que el árbitro carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre la controversia suscitada y que tampoco existía ninguna disposición que le obligase a someterse al Derecho inglés¹⁸⁵. Esta oposición no fue obstáculo para que el árbitro, nombrado con el sólo concurso del Club, dictase un Laudo de fecha 13 de febrero de 2013 que concluía con la siguiente declaración:

«POR TANTO, Yo, el mencionado Alistair Schaff QC, habiendo asumido la carga de esta referencia, y habiendo considerado cuidadosamente y a conciencia todas las pruebas y escritos que se me han presentado, POR EL PRESENTE, REALIZO, EMITO Y PUBLICO este MI LAUDO FIRME:

A) CONCEDO Y DECLARO que, respecto a todas las reclamaciones surgidas de la pérdida del M/T PRESTIGE y las pérdidas y los daños resultantes que están siendo alegadas en España por el Demandado contra el Demandante [se refiere al The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limi-

quier otro asunto, *tal diferencia o controversia se someterá a Arbitraje en Londres ante un único Árbitro, quedando el sometimiento a Arbitraje y todos los procedimientos de este sujetos a las Disposiciones de las Leyes de Arbitraje de 1950, 1979 y 1996 y a cualquier modificación legal o nueva promulgación de las mismas, y al Derecho inglés*. En cualquiera de tales Arbitrajes, cualquier asunto decidido o establecido en una Sentencia o Laudo Arbitral (o en cualquier Razón dada por un Árbitro o Juez para dictar el Laudo) referente al procedimiento entre el Miembro y cualquier tercero será admisible como prueba. Ningún Miembro podrá entablar o mantener ninguna acción, demanda ni otros procedimientos contra la Asociación por ninguna de tales diferencias o controversias salvo que haya obtenido en primer lugar un Laudo Arbitral de conformidad con esta Norma [en adelante, «el acuerdo de arbitraje»]

¹⁸⁵ En el Laudo de 13 de febrero de 2013 se incluye una reproducción del contenido de la carta remitida por la Administración General del Estado en la que se daba respuesta a la petición del asegurador para que colaborase en el nombramiento del árbitro y participase, por consiguiente, en el procedimiento suscitado. En el § 27 del Laudo se reproduce la carta de 1 de febrero 2012:

«El Estado Español no acepta someterse a un arbitraje derivado de un contrato de seguro que no ha suscrito y en el que no es parte. El Estado Español no acepta, consecuentemente, el nombramiento del árbitro propuesto, ni de ningún otro. No existe ninguna fuente jurídica ni contrato o convenio internacional suscrito por el Estado español del que dimane posibilidad alguna de aceptar o someterse al arbitraje propuesto. El Estado Español ejerce sus acciones ante el Tribunal español competente según el Convenio CLC para conocer de las reclamaciones derivadas del siniestro, siendo dicho tribunal el que debe conocer las pretensiones y los medios de defensa de las partes y pronunciarse en definitiva sobre los derechos de las partes.»

ted] como presunta responsabilidad civil directa en virtud del Código Penal Español:

1) el Demandado está obligado por la cláusula de arbitraje contenida en la Norma 43.2 de las Normas del Club, y las reclamaciones mencionadas deberán remitirse a arbitraje en Londres;

2) (i) el pago real por los Armadores y/o Gestores al Demandado del importe íntegro de cualquier responsabilidad asegurada (a partir de importes pertenecientes a éstos con carácter absoluto y no mediante préstamo o de otra modalidad) es una condición previa a cualquier responsabilidad directa del Demandante respecto al Demandado como consecuencia de la «cláusula pagar para ser pagado» contenida en la Norma 3.1; y de acuerdo con lo anterior

(ii) en virtud de la «cláusula pagar para ser pagado», y en ausencia de cualquier pago anterior, el Demandante no es responsable respecto al Demandado respecto a tales reclamaciones.

3) la responsabilidad del Demandante frente al Demandado respecto a las reclamaciones mencionadas, no excederá en ningún caso del importe de 1.000.000.000 USD (Mil millones de Dólares Estadounidenses).

B) CONCEDO Y DECLARO ASIMISMO que el Demandado soportará y pagará las costas del Demandante de esta referencia y las costas del Tribunal de esta referencia y este Laudo, y reembolsará al Demandante las costas del Tribunal si han sido soportadas en primera instancia por el Demandante.»

El conflicto jurídico quedó formalizado con toda su crudeza: por un lado, el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado reclamaron, ante los Tribunales españoles, la responsabilidad civil ex delito conforme al Código penal español y, en particular, la responsabilidad civil directa del asegurador, con todas las consecuencias enervantes, además, de las limitaciones contratuales.

Por otro, el Club, en previsión de que los Tribunales españoles pudiesen acordar, y que sospechaba, como se recoge en el laudo arbitral (§ 86), una «Sentencia adversa», o sea, una Sentencia que hiciese al asegurador responsable civil directo conforme a lo previsto en el artículo 117 CP, se adelantó suscitando el arbitraje. El árbitro declaró, conforme al Derecho inglés, que el asegurador carecía, como se consignaba en las cláusulas del contrato, de responsabilidad y, aún menos directa, puesto que sólo debía reembolsar al asegurado el importe de la indemnización por éste efectivamente abonado a los perjudicados reclamantes; reembolso que debía limitarse a la cantidad de 1.000 millones de dólares.

La segunda fase, la judicial, tuvo como escenario la Commercial Court londinense. La finalidad era la del reconocimiento de ejecutividad del Laudo, máxime cuando tanto el Estado español como el francés decidieron desconocerlo total y absolutamente. Para vencer esta «resistencia», la aseguradora

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

ejerció acción ante el Tribunal. El Magistrado N. Hamblen, se enfrentó a la pretensión de la demandante, la aseguradora, y las de los demandados, los Estados español y francés. Estos plantearon, en primer lugar, la inmunidad de los Estados y, en segundo lugar, la naturaleza de la reclamación. La cuestión, en lo que ahora nos interesa, versa sobre esta segunda. Si la acción directa es un derecho legal, será el Derecho nacional el que lo regula. En cambio, si es contractual, serán las reglas del contrato las que lo reconocerán, o, como sucede en el contrato que nos ocupa, pueden fijar sus condiciones de ejercicio, en particular, condicionar el abono de la indemnización al previo pago por parte de los asegurados. O es la ley del Estado o es la del contrato. Este es el dilema al que el Magistrado se debía enfrentar. Si es la Ley del Estado, el contrato quedaba invalidado en relación con la acción directa y, además, el límite de la indemnización. En cambio, si es la ley del contrato, este determina las condiciones o requisitos de su ejercicio, tanto el cuándo (una vez el asegurado hubiese pagado) como el cuánto (límite de la indemnización).

En orden a resolver la cuestión, el Magistrado Hamblen se apoyó en la doctrina seguida por los tribunales ingleses plasmada en la Sentencia del Tribunal de Apelación (Court of Appeal) de 2 de diciembre de 2004: *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v. New India Insurance Co (The Hari Bhumi)* (No 1) [2004] 1 Loyd's Rep. 206 (Moore- Bick J) y [2005] 1 Lloyd's Rep 67 (CA), que ratificaba (en la parte que nos concierne) la del Magistrado Moore-Bick¹⁸⁶, Sentencia de 18 de diciembre de 2003, en los siguientes términos:

«La cuestión en este caso es si New India [Insurance Company]¹⁸⁷ estaba obligada por la cláusula de arbitraje, lo que a su vez depende de si se trata de ejecutar una obligación contractual derivada de su contrato de seguro o de un derecho independiente de indemnización derivado de la Ley de Contrato de Seguro. Si, en esencia, la demanda es independiente del contrato de seguro y se deriva de la legislación finlandesa, simplemente como resultado del derecho de acción directa contra un asegurado insolvente, la cuestión debería calificarse como un derecho de origen legal que carecería de equivalente directo en el ordenamiento inglés. En tal caso, la cuestión tendría que resolverse, a mi juicio, en virtud de la legislación finlandesa. Por el contrario, si la demanda en esencia se centra en exigir el cumplimiento al asegurador del contrato celebrado por el asegurado insolvente, la cuestión pasa a ser obligacional. En tal caso, el tribunal la

¹⁸⁶ El Magistrado Moore-Bick fue el que posteriormente presidió el Tribunal de Apelación que resolviera el recurso suscitado contra la sentencia dictada en primera instancia por el Magistrado Hamblen en el asunto Prestige.

¹⁸⁷ New India era el nombre de la compañía aseguradora.

resolvería aplicando el ordenamiento inglés, porque el Derecho que regiría el contrato que genera la obligación es el Derecho inglés.»

En definitiva, si el derecho que se reclama, en nuestro caso, la acción directa, es un derecho legal, no puede ser objeto de «manipulación» por el contrato y, en consecuencia, no puede someterse a arbitraje. A esta conclusión se llega porque el derecho, al ser legal, quedaría sometido al Derecho, en nuestro caso, español; las cuestiones sobre tal derecho, se habría de resolver conforme a la Ley que lo regula. Si es un derecho contractual, lo será a la Ley del contrato, o sea, la autonomía de la voluntad de las partes que, a su vez, se remite al arbitraje y al Derecho inglés.

El Magistrado Hamblen, enfrentado al dilema expuesto, concluyó, por virtud de su Sentencia de 22 de octubre de 2013¹⁸⁸, afirmando que «el derecho de acción directa otorgado por la ley española contra los aseguradores de la responsabilidad, es, en el fondo, el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, más que un derecho autónomo de compensación». Es una conclusión que prescinde de cualquier argumentación «formal» para centrarse en la sustancia, en el «fondo» de la institución: «Lo que importa es el fondo más que la forma del derecho, y el fondo está estrechamente vinculado al contenido», o sea, al contrato, porque «los derechos conferidos por la norma legal de acción directa [son] de naturaleza contractual» ya que «el contenido esencial del derecho se establece en el contrato»; «los derechos del tercero [están] determinados únicamente por el contrato y por referencia al mismo»:

«Aunque es correcto que la fuente del derecho es la ley antes que el contrato, ese será siempre el caso cuando exista un derecho de acción directa. Por definición, el tercero no es parte del contrato, por lo que su derecho tendrá que tener otro origen, casi siempre con arreglo a una norma legal de acción directa. Al tratarse un derecho creado por una ley/norma legal, será esa misma disposición legal la que defina el contenido del derecho, incluso si, como en este caso, lo hace por remisión al contrato. La ley/norma legal establecerá también, habitualmente, disposiciones antifraude u otras limitaciones sobre los derechos contractuales del asegurador. Por lo tanto, los demandados alegan unas cuestiones esenciales que muy probablemente estén presentes en la mayoría de los casos de acción directa. En *Through Transport*, por ejemplo, el derecho de acción directa fue creado por la Ley finlandesa: fue dicha Ley la que estableció que el derecho tenía por objeto reclamar compensación con arreglo al contrato, y fue tal Ley la que declaró nulas las disposiciones contractuales que establecían excepciones a la protección que

¹⁸⁸ *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. (1) The Kingdom of Spain and (2) The French State*; [2013] EWHC 3188 (Comm).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

ofrecía. Sin embargo, se mantuvo que, en el fondo, era un derecho de exigir el cumplimiento del contrato.»

El Tribunal de Apelación, por virtud de la Sentencia de 1 de abril de 2015¹⁸⁹, confirmó en todos sus extremos la sentencia de instancia. En consecuencia, para los Tribunales ingleses lo fundamental, para resolver la controversia, es el «desvestimiento» de la institución, la acción directa, para hacer aflorar su «fondo», su sustancia, que la convierte, materialmente, en una acción contractual, en un derecho contractual, incluso, reconociendo que es de origen legal. Una argumentación sustancialista, frente a otra formalista. Y con un resultado nada sustancialista: la liberación del asegurador, al quedar sometido al contrato y a la ley del contrato, el Derecho inglés. Que un Juez inglés quiera que una controversia que afecta a un contrato suscrito por una aseguradora inglesa se someta al Derecho inglés para la resolución de una controversia ante tribunales ingleses no nos puede sorprender. Si, a tal fin, se ha de prescindir de cualquier argumentación «formalista» para acampar en el «sustancialismo», tampoco nos puede chocar: es «razonable», o sea, obedece a la razón de los intereses de una de las partes implicadas, la inglesa. El substancialismo es, en definitiva, interpretar el Derecho de otro país según los anteojos del Derecho inglés deduciendo lo que se considera relevante, oportuno o conveniente. Porque el substancialismo, es lo que yo, tribunal inglés, decido que es substancial; no se le pregunta al Derecho español que es lo substancial o que es lo formal; sólo es relevante lo que los tribunales ingleses deciden que es relevante porque es relevante, precisamente, para fallar conforme a sus conveniencias.

C. EL «CAMINO ESPAÑOL»: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El camino español seguía su curso, al margen de los derroteros del inglés. Tras una primera sentencia, la de la Audiencia Provincial de A Coruña que, como he expuesto, no había apreciado delito alguno en los acusados, por lo que, tampoco, se podría exigírseles responsabilidad civil por los daños, el Tribunal Supremo, casando la sentencia, estimó la responsabilidad penal y, también, la civil, por la ya comentada Sentencia, Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2016, núm. 865/2015.

¹⁸⁹ *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. (1) The Kingdom of Spain and (2) The French State*, [2015] EWCA Civ 333).

Como recuerda el Tribunal Supremo, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1992 obliga a los propietarios de los buques a suscribir un contrato de seguro «para cubrir su responsabilidad por daños causados por la contaminación con arreglo a este Convenio» (art. 7). A su vez, en caso de delito, como dispone el artículo 117 CP, «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

En el caso que nos ocupa, como en otros en los que son aplicables las normas indicadas, las cuestiones jurídicas controvertidas son, por un lado, la responsabilidad de la compañía aseguradora y, por otro, la limitación de la responsabilidad. En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que la compañía operadora del buque, en nombre del propietario, Universe Maritime (Atenas), tenía suscrito un contrato con la Cía. The London Steamship Owners Mutual Insurance Association (The London P&I Club). Esta es la compañía aseguradora sobre la que recae la responsabilidad civil por los daños. En cambio, mayores controversias suscita la eventual limitación de la responsabilidad. El artículo 117 CP dispone que el límite de la indemnización es el fijado por la Ley o el contrato, en el entendido, como así lo expresa el Tribunal, de que no son excluyentes, sino, al contrario, compatibles, o sea, puede haber un límite legal y otro pactado en el contrato. El primer límite, como afirma el Tribunal, es el que resulta del Convenio, mientras que el otro, es el que han pactado el armador con la aseguradora para cubrir su responsabilidad civil ante la eventualidad de que la limitación que establece el Convenio a favor del propietario quedara excepcionada y, además, no cubierta por la póliza de seguro.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo afirma, en cuanto a la primera limitación, que el Convenio 1992 establece una, sin posibilidades de ampliación. En cambio, «en la causa consta, en particular en el contrato de fletamiento, que durante la vigencia de la póliza del mismo nombre “el buque estará plenamente integrado en la póliza de seguros estándar de responsabilidad contra contaminación petrolífera de un Club P&I con el límite de 1 billón de dólares USA”». Aquí surge el espinoso asunto del alcance de las cláusulas del contrato P&I en relación con la responsabilidad asumida por la compañía aseguradora. En otros términos, el contrato amplía el límite de la indemnización (hasta 1.000 millones de dólares) pero, en cambio, condiciona la asunción de

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

la responsabilidad por la compañía aseguradora. Hay un contrato, como ya nos consta, ofrece una cobertura que va más allá de la que el Convenio consigna, pero que sólo se actualiza, por virtud de la asunción de la responsabilidad por la aseguradora, de darse unas condiciones muy estrictas (cláusula «pagar para ser pagado»).

El Tribunal enerva los efectos del contrato que establece, en definitiva, que el perjudicado sólo puede dirigirse contra la aseguradora para cubrir el perjuicio que el armador no hubiese podido cubrir. Considera que la prohibición de la acción directa tiene un «devastador efecto ... para los perjudicados». A tal fin, el Tribunal se sirve de cuatro argumentos:

- 1) la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro que reconoce al tercero perjudicado acción directa;
- 2) la actitud de la aseguradora, que voluntariamente se ha ausentado del proceso, le ha impedido alegar cualquier causa de oposición a su obligación de indemnizar que pudiera excusarla, «por lo que a ella incumbe soportar las consecuencias de su comportamiento procesal, máxime cuando de pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil se trata»;
- 3) «la actuación de la aseguradora al constituir el fondo de garantía previsto en el Convenio 92 en principio desborda los perfiles tradicionales de los seguros P&I, en cuanto que no se ha limitado a restituir a la asegurada el pago que ella hubiera hecho (*pay to be paid*), sino que ha efectuado el desembolso para hacer frente a las acciones directas de los perjudicados»; y
- 4) «no podemos olvidar que nos encontramos ante una responsabilidad civil, que a su vez procede de otra penal, en relación a unos daños producidos en espacios sometidos a la jurisdicción de los Tribunales españoles, y que el artículo 117 del CP declara expresamente la responsabilidad de la aseguradora que hubiera asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación del bien o actividad cuando a consecuencia de un hecho previsto en el Código se produzca el evento que determine el riesgo. Y en este caso así ha ocurrido.»

En consecuencia, el Tribunal considera que la aseguradora es, en los términos del artículo 117 CP, responsable civil directa:

«Los daños y perjuicios a indemnizar son consecuencia de la explotación del buque asegurado. El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los derechos de los perjudicados, especialmente relevante en aquellos delitos, en que, además de intereses individuales se han visto afectados intereses colectivos vinculados al medio ambiente y al equilibrio de los recursos naturales.» «El se-

guro que nos ocupa cubría como riesgo asegurado la producción de daños por contaminación en el ámbito de la explotación del buque, pues esa era la actividad de la asegurada, propietaria y naviera del mismo, lo que incluye los derivados de actos ilícitos cometidos por sus empleados en el desarrollo de esa actividad. Esta es la postura mantenida mayoritariamente por la jurisprudencia de esta Sala (entre otras SSTS 915/2010 de 18 de octubre, 127/2010 de 22 de febrero; 619/2005 de 11 de mayo y 469/2003 de 28 de marzo) y la más acorde con la redacción del artículo 117 CP y con el sistema de seguros que diseña la Ley 50/1980 de 8 de octubre, que reconoce al perjudicado acción directa contra la aseguradora, sin perjuicio del derecho de repetición que pueda corresponder a ésta.»

Y concluye:

«En atención a lo expuesto, procede declarar la responsabilidad civil directa de la Cía. Aseguradora The London Steamship Owners Mutual Insurance Association hasta el límite de 1.000 millones de dólares USA fijados en la misma.»

Una conclusión a la que llega el Tribunal Supremo, aplicando el Derecho nacional y la jurisprudencia interpretativa, «rompiendo» las restricciones que imponía el clausulado del contrato, en particular, que la aseguradora debía cubrir, hasta el límite de 1.000 millones de dólares, lo que el asegurado no pudiese. El Tribunal Supremo resuelve «doblegando» las cláusulas e imponiendo el Derecho español en relación con la responsabilidad civil directa de la aseguradora en relación con unos daños que forman parte del tipo del delito contra el medio ambiente del que ha sido considerado responsable el capitán del buque, o sea, el sujeto cubierto por el aseguramiento del contrato.

D. LOS TÉRMINOS DEL CONFLICTO DE JURISDICCIONES Y SU RESOLUCIÓN. LA DIFÍCULTOSA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL ESPAÑOLA

El conflicto de jurisdicciones está servido: los Tribunales ingleses sentencian que no hay un derecho legal a la acción directa que «oblique» a las partes del contrato a ajustarse a la Ley nacional, sino que deberán hacerlo a las cláusulas, con la consecuencia de que un tercero, ajeno al contrato, queda obligado por sus determinaciones en el sentido de que deberá primero dirigirse contra el asegurado. En consecuencia, deberá ajustarse a las otras determinaciones del contrato, como el arbitraje y la limitación cuantitativa de la indemnización. En cambio, el Tribunal Supremo español sentenció que, conforme a las normas civiles del Código penal, hay responsabilidad directa de la aseguradora y sin sujeción a los límites del contrato en relación, por consiguiente, a cómo se

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

debía hacer efectiva la de la aseguradora que, en cambio, responde hasta el límite fijado en la póliza del contrato, o sea, 1.000 millones de dólares.

El conflicto tiene dos vertientes. Por un lado, desde el lado inglés, la cuestión jurídica a resolver es la relativa a la naturaleza contractual o legal de la acción directa. Y, por otro, desde el español, si son normas de orden público, sustraídas de la voluntad de las partes, las relativas a la responsabilidad civil por los daños producidos por el vertido, máxime si traen causa de unos hechos considerados delictivos; entre tales normas se han de incluir, también, la de la acción directa. Pero no es la única. Un conjunto de normas de orden público españolas enerva, en relación con la responsabilidad civil, cualquier pacto de las partes. Esta afirmación resuelve definitivamente la cuestión.

Como ya ha sido comentado, la acción directa ocupa un sorprendente lugar destacado en el asunto Prestige¹⁹⁰. Lo que no tiene una singular relevancia en nuestro Derecho, lo tuvo, y mucho, en relación con el contrato de seguro del buque. La adecuada caracterización jurídica de esta acción en nuestro Derecho fue determinante en orden a la fijación de las obligaciones del asegurador. Esto obedece a una razón de Derecho inglés. Según la interpretación de los tribunales ingleses, consolidada en la Sentencia de Mr. Justice Moore-Bick «Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) LTD v. New India Assurance Co. LTD» de 18 de diciembre de 2003, y que fue confirmada en apelación por la Court of Appeal (Civil Division) en Sentencia de 2 de diciembre de 2004, el criterio para identificar cuándo una reclamación dirigida contra un asegurador convierte al reclamante en parte del contrato se reduce a una cuestión esencial: «si [la aseguradora] estaba obligada por la cláusula de arbitraje, lo que a su vez depende de si se trata de ejecutar una obligación contractual derivada de su contrato de seguro o de un derecho independiente de indemnización derivado de la Ley de Contrato de Seguro.» Así pues, la reclamación de cualquier obligación consignada en el contrato de seguro deberá ajustarse a las cláusulas de dicho contrato y, por consiguiente (i) al Derecho inglés; (ii) a la cláusula pagar para ser pagado; (iii) a la limitación de la responsabilidad; y (iv) a la cláusula del arbitraje obligatorio. Estas son, como ya he señalado, cláusulas del contrato P&I del buque Prestige. El conflicto con el Derecho español es elocuente¹⁹¹.

¹⁹⁰ Sobre la acción directa Vid., desde una perspectiva general, PASQUAU LIAÑO (1989).

¹⁹¹ Como ya he expuesto, en primer lugar, la sujeción a las cláusulas supone que la reclamación de responsabilidad conforme al Derecho español deja de ser una acción directa puesto que primero se deberá reclamar contra el asegurado y sólo una vez este ha pagado, el asegurador pagará al asegurado. No hay responsabilidad civil directa del asegurador. Y, en segundo lugar, la cláusula del arbitraje obligatorio vendría a excluir la jurisdicción de los tribunales penales españoles para pronunciarse sobre las controversias derivadas del contrato y, en particular, de la misma responsabilidad civil. Las otras cláusulas no plantean

Cobra una especial relevancia jurídica la determinación de la naturaleza jurídica de la acción directa y, en particular, la resolución de la siguiente pregunta: ¿es la acción directa un derecho contractual o legal? La correcta resolución de esta pregunta requiere un esfuerzo dogmático importante para precisar hasta el milímetro, cuáles son los rasgos de la acción. Como se desarrollará más adelante, la acción directa es un derecho que la Ley reconoce y configura a favor del perjudicado, por el que se puede dirigir contra el asegurador para, como establece el artículo 117 CP, reclamar las consecuencias de su conversión *ope legis* en responsable civil directo de los daños producidos por el asegurado. Esta reclamación no tiene por objeto, en sentido estricto, ninguna obligación contractual cuanto la responsabilidad que el propio Código asigna al asegurador. Así es, en particular, cuando, como en el caso Prestige, la responsabilidad civil está asociada a un hecho delictivo. Las normas civiles del Código penal no dejan duda sobre esta cuestión.

Los Tribunales ingleses interrogan¹⁹² al Derecho español sobre la naturaleza jurídica de la acción hasta el extremo de preguntarle sobre la relación con

problemas. La relativa a la limitación de la cantidad es una cláusula que los Tribunales han admitido en relación con las de limitación de los derechos de los asegurados. Y es aplicable a los terceros beneficiarios.

¹⁹² Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, este interrogatorio que el Derecho inglés somete al Derecho español no está exento de dudas y controversias. En primer lugar, ¿cuál es la fuente de la jurisdicción de los Tribunales ingleses para pronunciarse sobre el ejercicio por sujetos españoles de una acción de responsabilidad civil ante Tribunales españoles por unos delitos cometidos en territorio de jurisdicción española y por daños producidos en España? Es un tema singularmente conflictivo. La fuente de la jurisdicción de los Tribunales ingleses radica en el propio contrato P&I del buque Prestige. Como ha sido expuesto, este contrato incluye en sus cláusulas la sujeción al Derecho inglés y a la jurisdicción de sus Tribunales. Y a estos Tribunales les corresponde la ejecución del Laudo arbitral resultado del arbitraje obligatorio que el mismo contrato incluye.

La segunda cuestión que se suscita, igualmente polémica, se refiere a la fuente jurídica que permite que un contrato privado pueda servir de fuente a la jurisdicción de los Tribunales ingleses para decidir sobre una cuestión de Derecho español. En puridad, no es así. Los Tribunales ingleses resuelven sobre un contrato sometido al Derecho inglés que tiene una consecuencia en el Derecho español. Una consecuencia que, como un efecto no querido, se presenta como secundario e, incluso, irrelevante para dicho Derecho. Los Tribunales ingleses resuelven sobre un contrato inglés, sometido al Derecho inglés, no sobre el Derecho español y sus consecuencias, que son irrelevantes. Sin embargo, los Tribunales ingleses se pronuncian teniendo en cuenta el Derecho español. Su fallo es sobre el Derecho inglés, pero a la luz de la interpretación del Derecho español que, sin embargo, es irrelevante para aquel fallo. El Derecho español es importante para decidir sobre la naturaleza jurídica de la acción directa del perjudicado pero intranscendente en todo lo demás, en particular, en relación con las consecuencias que dicho fallo podría producir como el desapoderamiento de los Tribunales penales españoles para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de un delito cometido en España, así como la aplicación del artículo 117 CP. Es irrelevante que la responsabilidad civil del Código penal no se pueda aplicar en un hecho delictivo producido en España.

En tercer lugar, es aún más polémico que esta «selección» que los Tribunales ingleses llevan a cabo del Derecho español en relación con los aspectos importantes (la naturaleza jurídica de la acción) y los que no lo son (la inaplicación del Código penal en relación con la responsabilidad civil directa del asegurador) que la jurisdicción de los Tribunales ingleses sea utilizada por una de las partes implicadas, la mutualidad aseguradora, el Club, para condenar a la ineeficacia la sentencia del Tribunal penal español. Es aún más

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

el contrato de seguro y, específicamente, si tiene por objeto la reclamación de una obligación consignada en el mismo. Una pregunta que, por lo general, escapa del ámbito de las preocupaciones de los autores y de la jurisprudencia. No tenía interés porque no era ni es una pregunta que tenga consecuencia en nuestro Derecho. Que la acción directa se dirija a hacer cumplir una obligación del contrato o no, es una cuestión secundaria cuando lo único importante para nuestro Derecho es que el asegurador es el responsable civil directo en substitución del asegurado por los daños derivados del hecho delictivo. Esto es lo importante; lo único sobre lo que merece una reflexión porque esta expresa y taxativa calificación legal tiene sus consecuencias jurídicas.

Mientras que el Derecho español no atribuye consecuencia al objeto o finalidad de dicha acción, salvo la de exigir la responsabilidad directa del asegurador, el Derecho inglés sí le reconoce una importante: la sujeción del reclamante a todas las cláusulas del contrato, como si de una parte más del mismo se tratase, incluida la de la arbitraje obligatorio, pero también, la de la limitación de la responsabilidad, no sólo en cuanto a la cantidad sino sobre la naturaleza de la responsabilidad que, como ya se ha dicho, deja de ser directa.

En definitiva, el Derecho inglés convierte al reclamante contra el asegurador en parte del contrato de seguro sometido a todas sus cláusulas. El perjudicado queda sometido a la autonomía de la voluntad del asegurador y del asegurado. Se convierte en parte del contrato, sujetándose a las reglas que no ha pactado. Es un invitado forzoso a un contrato. Esta conversión es fuente de problemas en el Derecho español. Aún cuando se ha intentado, como ha sucedido, considerar que esta conversión es posible en nuestro Derecho, el sentido jurídico más básico, rechaza esta posibilidad. No resulta lógico, según los parámetros más elementales, que el perjudicado se convierta en parte forzosa del contrato y sometido a sus cláusulas, por mucho que se trate de un contrato de seguro marítimo basado en la autonomía de la voluntad. No parece razonable, como se argumentará más adelante, que dicha autonomía o libertad de las partes se extienda a aquellos que no lo han sido.

polémico porque se ha pretendido neutralizar anticipadamente la Sentencia del Tribunal penal español suscitando el arbitraje obligatorio sobre el cumplimiento de las cláusulas del contrato P&I del buque Prestige. Es razonable dudar si no se está ante un caso de fraude de Ley al que se refiere el artículo 12 del Código Civil que dispone taxativamente que se «considerará en fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.» Podría considerarse que la mutualidad ha utilizado una norma de conflicto para intentar eludir la aplicación de una Ley imperativa española (art. 117 CP) al impedir que la parte perjudicada pueda reclamar que el asegurador sea considerado como responsable civil directo de los daños producidos por el accidente del buque Prestige. Sobre estas y otras dudas se formularán más adelante las conclusiones oportunas.

Los Tribunales ingles fallaron, mediante las Sentencias comentadas, que la acción que la Ley española reconoce al perjudicado se dirige a hacer cumplir una obligación del contrato de seguro y, por consiguiente, sometida al Derecho inglés que reconoce la más amplia autonomía de la voluntad de las partes en cuanto al arbitraje y demás. Ésta es la doctrina que los Tribunales ingleses aplican y que conducen al «examen» del Derecho nacional para, paradójicamente, su desautorización por la vía contractual. Un contrato que tiene, por consiguiente, la enorme virtud de inaplicar la legislación nacional porque, en el «fondo», según la doctrina de los Tribunales ingleses, son derechos los que reconoce y entre tales se incluye, precisamente, el que pretende ejercer contra el asegurador el Estado español.

Sin embargo, no se puede olvidar que se controvierte sobre responsabilidad civil por unos daños cuya autoría ha sido considerada como penalmente relevante; unos daños producidos en territorio de soberanía española. Como ha recordado el Tribunal Supremo «nos encontramos ante una responsabilidad civil, que a su vez procede de otra penal, en relación a unos daños producidos en espacios sometidos a la jurisdicción de los Tribunales españoles, y que el artículo 117 del CP declara expresamente la responsabilidad de la aseguradora que hubiera asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación del bien o actividad cuando a consecuencia de un hecho previsto en el Código se produzca el evento que determine el riesgo.» Una vez establecida la responsabilidad penal, por unos hechos, insisto, producidos en territorio español, no es admisible, ni razonable, que un contrato substraiga las consecuencias establecidas por el Código penal, tanto en relación con la responsabilidad penal como la civil. Esta consideración sería suficiente para resolver la cuestión, como hace el Tribunal Supremo.

¿Cómo se resuelve el conflicto entre las sentencias inglesas y la del Tribunal Supremo español? ¿Cómo se ejecuta esta última? ¿Cómo se conseguirá que la aseguradora abone la indemnización hasta el límite de los 1.000 millones de euros? Aquí nos enfrentamos a la problemática de la ejecución de la Sentencia, el último episodio de un capítulo tenebroso de nuestra historia judicial: unos daños ambientales cuyos responsables no quieren asumir sus consecuencias, habiéndolas trasladado a todos los españoles. Por ahora. Queda el capítulo de la ejecución de la sentencia penal en lo relativo, como nos consta, a la responsabilidad civil; la ejecución de la sentencia penal, propiamente dicha, no precisa del auxilio de tribunal alguno de otro Estado.

La ejecución tendrá que llevarse a cabo conforme al Derecho de la Unión, al Reglamento núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

judiciales en materia civil y mercantil¹⁹³. El requisito imprescindible es que los Tribunales españoles fijen, mediante Auto, el importe exacto de la indemnización que la aseguradora debe afrontar. La Audiencia provincial de A Coruña ha dictado el Auto correspondiente con fecha de 15 de noviembre de 2017, con el contenido ya expuesto. Una vez esta resolución sea considerada definitiva, será comunicada a los Tribunales ingleses a los efectos de su «reconocimiento» y su ejecución. Ahora bien, no se puede desconocer que el artículo 34 contempla la posibilidad de que no se produzca el reconocimiento, «si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido».

¹⁹³ No es aplicable el Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Reglamento es el vigente, pero, conforme a la disposición transitoria del artículo 66.1, «solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha.» No es el caso. Las acciones judiciales del caso Prestige se ejercitaron con anterioridad a dicha fecha.

VII

LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO CONTRA EL ASEGURADOR, APROXIMACIÓN DOGMÁTICA EN EL ESCENARIO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS P&I

El Tribunal Supremo, en la Sentencia que hemos comentado, afirma que la inexistencia de la acción directa tiene para los perjudicados un «devastador efecto». Esta es la clave jurídica de la institución objeto de análisis: la protección del asegurado. En el fondo, el caso Prestige nos sirve como excusa para una reflexión dogmática sobre una institución central para la adecuada protección del asegurado y, también, en el caso de los daños ambientales, para alcanzar su completa reparación, para lo que el concurso del asegurador es imprescindible e, incluso, para su prevención.

Ya he señalado que el aseguramiento despliega una doble finalidad: la de la reparación y la de la prevención. Esta última, en el caso de los daños ambientales es, incluso, la más relevante. El asegurador se elevará en fiel custodio del cumplimiento por el asegurado de las exigencias de protección ambiental. La acción directa del perjudicado contra el asegurador es un incentivo definitivo para que el seguro cumpla la doble función indicada. Si los perjudicados cuentan con ese instrumento, podrán disfrutar de la protección que la Ley quiere, pero, además, en el caso de la protección ambiental, no sólo permitirá que los daños se vean reparados, por la mejor situación económica de las aseguradoras, sino que éstas, presionadas por la posibilidad de la acción, fiscalizarán cómo el asegurado cumple con las normas ambientales para la prevención de los daños. La aseguradora tiene un instrumento decisivo para la prevención: la valoración del riesgo, que será, incluso, mejor y más completa que la que puede llevar a cabo la Administración. Su resultado será la imposi-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

bilidad del aseguramiento o un precio elevado, lo que disuadirá al asegurado a adoptar todas las medidas precisas. En el caso del Prestige se puede comprobar con exactitud. Si el asegurado hubiese actuado con la diligencia debida, no se habría producido. La asunción de unos riesgos, insoportables para cualquier persona con la diligencia mínima exigible, desembocó en la catástrofe ambiental de la que hablamos. Por esta razón, entre otras, el Tribunal Supremo apreció la comisión del delito. Probablemente, la aseguradora no se siente presionada de atender el papel de custodio del diligente cumplimiento por el asegurado de las obligaciones necesarias para prevenir el daño, cuando, como sucede en los contratos P&I, no hay la acción directa que nuestra legislación reconoce. La interposición del asegurado relaja el compromiso del asegurador. Tiene garantizado, al menos, un largo proceso hasta que pueda derivarse alguna responsabilidad para el Club y, en todo caso, está perfectamente aquilatada mediante unas cláusulas contractuales que le ofrece una protección añadida.

El legislador español, una vez producido el desastre ambiental del Prestige, ha introducido una modificación legislativa, vía Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, precisamente para resolver cualquier duda que hiciera posible que el asegurador se pueda atrincherar tras la póliza para librarse de afrontar las responsabilidades que le competen. El artículo 465 de la Ley 14/2014, dispone que «la obligación del asegurador de indemnizar en esta clase de seguros [los de responsabilidad civil del naviero] existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado. Este último tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación. Será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo.» Se consagra, definitivamente, que estamos ante una disposición de orden público, sobre la que no pueden disponer las partes del contrato.

No obstante, no es descartable que, a pesar de tan enfática proclamación del legislador, la aplicación de la doctrina de los Tribunales ingleses, que sostienen el desvestimiento formal de la institución para hacer resplandecer el «fondo», la sustancia de la misma, conduzca a un resultado práctico que desconozca lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley. Era irrelevante, para aquellos Tribunales, lo que el Derecho español dispusiera; lo único importante es lo que el Tribunal decide sobre cuál es la sustancia de la institución. La proclamación formal no arredra al Tribunal. Hace su interpretación y deduce una conclusión; lo único importante, nos dice, no es la forma, ni la fuente, ni ninguna disposición; sólo cuál es la sustancia, lo que le permite entender que un derecho legal es, en el «fondo», contractual. Ya he expuesto cuáles son las consecuencias de tal proclamación. El caso Prestige y el interrogatorio inglés nos conduce a enfrentarnos con las tripas de la institución.

La interpretación «sustancialista», sedicentemente deducida del Derecho español, se libera de cualquier limitación o restricción que este Derecho pueda imponer, porque la «verdad» última de la institución es la que el intérprete, en este caso, los Tribunales ingleses, deciden que es lo que la constituye. El sustancialismo («en el fondo») es la doctrina de la liberación del Derecho supuestamente interpretado para extraer aquello que resulta conveniente y oportuno al prejuicio que se quiere alcanzar. El cómo sea, en efecto, la institución, es, hasta cierto punto irrelevante, porque lo único importante es la «verdad» que se quiere hacer decir al Derecho español.

¿Qué es la acción directa? Es, en una primera aproximación, la acción en manos de los perjudicados para dirigirse, directamente, contra el asegurador, para que responda, en lugar del asegurado, de los daños producidos. Es, como resulta evidente, una acción procesal o judicial que, en tanto que tal, tiene las características propias de esta institución. Esto significa que nos encontramos ante un derecho subjetivo que permite a su titular accionar ante los tribunales para pretender el amparo judicial en relación con cierto derecho o interés legítimo lesionado, de manera ilegal, por un tercero. En cierta medida, este derecho a la acción se superpone al derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho, como ha sido destacado por el Tribunal Constitucional, es el que permite a cualquier ciudadano impetrar el auxilio judicial, en relación a cualquier actuación u omisión, lesiva de cualquiera de sus derechos o intereses legítimos, según consagra el artículo 24 de la Constitución. Incluso, se podría sostener que la acción es el mecanismo técnico a través del cual se hace posible la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial. Gracias a la acción, a su ejercicio, el juez puede dispensar la tutela que la Constitución le impone en relación con cualquier derecho o interés lesionado.

Esta confusión entre el derecho a la tutela judicial y el derecho a la acción es lo que explica que, para cierto sector de la doctrina¹⁹⁴, este último pierde su significado e importancia en detrimento del primero que, como resulta evidente, es un derecho fundamental. Esta caracterización tiene una extraordinaria relevancia en relación con lo que nos ocupa. No olvidemos que, como se ha comentado, se pretende que, aplicando la doctrina de los tribunales ingleses, un contrato, el de aseguramiento, puede disponer del derecho de un tercero, ajeno al mismo, a accionar, o sea, el derecho a la tutela judicial efectiva. Se podría contraargumentar, como se analizará, que el contrato P&I, no dispone del derecho a la acción, sino el carácter directo del mismo. La cuestión que se

¹⁹⁴ GIMENO SENDRA 2017.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

plantea, en consecuencia, es si el carácter directo de la acción es o no un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados.

En definitiva, el derecho a la acción es el medio procesal a través del cual se concreta el derecho a la tutela judicial efectiva. Como tal derecho fundamental, es indisponible por la Ley, y, aún menos, por un contrato. Los perjudicados tienen tal derecho, como cualquier otro ciudadano. La cuestión que se plantea, en términos jurídicos, es si tal derecho, en manos de los perjudicados, incluye la posibilidad de dirigirse directamente contra el asegurador. La respuesta es positiva. Como afirma el Tribunal Supremo, los perjudicados sin tal posibilidad sufrirían un «devastador efecto», en relación con la protección de sus derechos. Sería «catastrófico» para los derechos de los perjudicados. Esto obedece a que no podrían verse satisfechos. En el caso de los daños ambientales, especialmente como en el del Prestige, sólo la presencia de un asegurador, con una notable mayor capacidad económica, podrá soportar las consecuencias dañosas y, en particular, la indemnización correspondiente.

Por lo tanto, (i) si el derecho a la acción es o el derecho a la tutela judicial o parte esencial del mismo, (ii) que tal derecho se pueda ejercer directamente contra el asegurador es un requisito o condición imprescindible para que el perjudicado pueda ver satisfechos sus derechos en relación, con lo que ahora nos interesa, los daños ambientales, (iii) no hay duda de que el derecho a la acción directa forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva puesto que (iv) hace posible que los perjudicados puedan accionar ante los tribunales en la búsqueda del amparo que les ha de permitir obtener la reparación de los daños que han sufrido.

En *primer* lugar, la acción directa de la que disfruta el perjudicado, se distingue de la denominada acción indirecta del artículo 1111 CC. Este artículo dispone: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitarse todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.» El acreedor se dirige contra el deudor (sub-deudor) de su deudor para satisfacer su deuda. A tal fin se subroga en éste. Toma la situación jurídica del deudor para satisfacer su deuda. En este caso, sí hay una subrogación. El acreedor se subroga en el deudor para ejercer los derechos de crédito de este contra sus sub-deudores. No es el caso. La acción directa no habilita esta subrogación. Si así fuese no tendría ningún sentido ni ventaja su reconocimiento. La acción directa tiene dos ventajas: por un lado, permite dirigirse directamente contra el sub-deudor para, por otro, satisfacer su deuda, sin necesidad de incorporar lo obtenido a la masa de activos del deu-

dor para que sean, a su vez, objeto de reparto entre los acreedores. Le permite la satisfacción directa y exclusiva de su deuda.

Y, en *segundo* lugar, los rudimentos para la definición los encontramos en el artículo 76 de la Ley 50/1980 que nos dice lo siguiente: (i) «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar»; (ii) tal derecho no es obstáculo («sin perjuicio») «del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.» (iii) «La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado.» (iv) «El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste.» Y (v) «A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.»

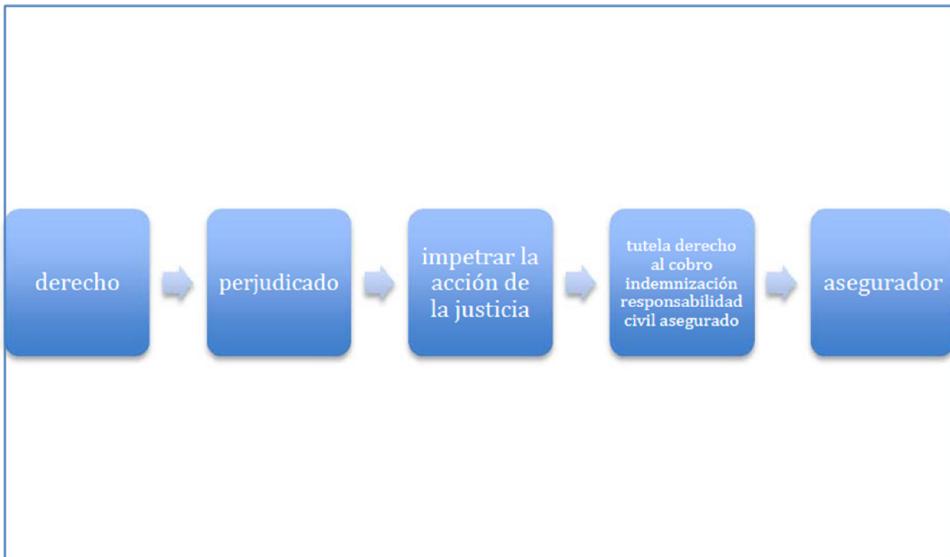
A su vez, el artículo el artículo 465 Ley 14/2014, de Navegación Marítima, nos señala que (i) «la obligación del asegurador de indemnizar en [los seguros de responsabilidad civil marítima] existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado». (ii) El perjudicado «tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación». Y (iii) «será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo.»

Por consiguiente, tanto la legislación general de seguros como la de navegación marítima, rubrican que la acción directa es la que la ley le reconoce al perjudicado para dirigirse al asegurador de la responsabilidad civil y exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, una vez sobrevenido el evento dañoso objeto de la cobertura del seguro. Así planteada, en términos básicos, se vislumbran los aspectos que nos interesan, en relación, lógicamente, con el asunto que nos incumbe, el caso Prestige y, eventualmente, la contaminación producida por el vertido de hidrocarburos procedentes de buques. Sin embargo, en atención al objeto de este trabajo, la reflexión que se vierte a continuación intenta dar respuesta al interrogante planteado por los Tribunales ingleses. No sólo porque este interrogante se seguirá planteando en casos similares, dado que las mutualidades inglesas y sus contratos P&I son los que, en la práctica, monopolizan el aseguramiento marítimo, sino porque, como hemos comprobado, fue la cuestión esencial para determinar que la acción directa ejercida por el Estado español debía ajustarse al contrato, con las consecuencias expuestas: el Estado no puede ver satisfechas sus pretensiones de resarcimiento puesto que, primero, debe conseguir que el propietario y el armador del buque afronten la responsabilidad y sólo posteriormente lo hará la

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

mutualidad. En definitiva, la pregunta es la siguiente, ¿es cierto o correcto que, en el fondo, utilizando la interpretación del Magistrado Hamble, el derecho a la acción directa es un derecho contractual en tanto que servicial o instrumental en relación con las obligaciones consignadas en el contrato?

Ilustración 7. Estructura institucional acción directa



La exposición que sigue se organiza sobre la base de la consideración de la acción directa como un derecho, en manos de los perjudicados, para imponer la tutela judicial del derecho a la percepción de la indemnización por la responsabilidad civil del asegurado por los daños sufridos, contra el asegurador, al que se le dirige directamente, como ha sido expuesto, la acción. En *primer* lugar, el reconocimiento jurídico de la acción directa. En *segundo* lugar, el titular del derecho: el perjudicado. En *tercer* lugar, el contenido del derecho: imponer la acción de la justicia en relación con la satisfacción del derecho sustantivo al cobro de la indemnización de la responsabilidad civil del asegurado. Este contenido nos conduce a su presupuesto: el derecho a la indemnización y el consiguiente deber surgido de la responsabilidad civil del asegurado. Y, en *cuarto* lugar, el destinatario de la acción, aquél contra el que se dirige la reclamación, en nuestro caso, el asegurador quien, a su vez, puede interponer las excepciones correspondientes. Aquí nos planteamos el contenido de la acción y las excepciones del asegurador.

**A. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA ACCIÓN DIRECTA.
EL CASO DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS Y, EN PARTICULAR,
LOS P&I**

La primera cuestión sobre la que tenemos que interrogarnos, especialmente urgidos por la doctrina de los tribunales ingleses, es la relativa a la fuente del derecho a la acción directa. Como ya ha quedado expuesto, es el derecho que le asiste a los perjudicados para reclamar de manera directa a las aseguradoras el cumplimiento de su obligación. Un derecho que le ha de permitir, al perjudicado, exigir el cumplimiento de las obligaciones de la responsabilidad civil asumidas por la aseguradora. En relación con el caso que nos ocupa, el fundamento de ese derecho es legal¹⁹⁵. Así está reconocido con carácter general. En relación con los seguros marítimos, tendremos que distinguir entre el momento anterior y posterior al hundimiento del Prestige.

1. Reconocimiento general: Ley de contratos de seguros

El fundamento jurídico de la acción directa es, como digo, legal, no contractual, en el contexto de la regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil. La doctrina del Tribunal Supremo es definitiva en orden a la debida caracterización del derecho.

En *primer* lugar, el seguro de responsabilidad civil es el seguro por el que el asegurador se obliga a cubrir el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado, como consecuencia de su responsabilidad civil, por el nacimiento de una obligación de indemnizar. El tercero perjudicado por la acción dañosa del asegurado es titular de la acción de responsabilidad civil contra el asegurador. En la regulación originaria de este tipo de contrato de seguro, el tercero carecía de la indicada acción contra el asegurador por lo que sólo le cabía ejercitar la acción de responsabilidad civil contra el asegurado causante del daño. Esta situación fue corregida por el Tribunal Supremo.

En *segundo* lugar, el derecho a la acción directa es obra de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo llenó el vacío legal a los efectos de reconocer al tercero perjudicado la acción contra el asegurador. Así lo hizo por una constante doctrina jurisprudencial, que arranca con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930, R. J. Ar. 1032. E, incluso, se llegó a

¹⁹⁵ Aunque no es descartable otro tipo de fundamento en otros supuestos, distintos del que nos ocupa. Vid. PASQUAU LIAÑO (1989: 104 y ss).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

admitir el ejercicio de esta acción en el proceso penal en el que se enjuicia un hecho que revista los caracteres de infracción criminal del que sea autor el asegurado y del que se derive una responsabilidad civil cubierta por el contrato de seguro (así sucedió a partir de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1975, R. J. Ar. 1954).

Por lo tanto, el derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador tiene un origen jurisprudencial (en la jurisprudencia del Tribunal Supremo) antes, incluso, que legal. Este origen nos ofrece un dato relevante: la inspiración de justicia que late en este derecho. Una inspiración a la que el Tribunal Supremo pudo darle la debida satisfacción: ofrecer la más completa y efectiva protección al perjudicado. Esto conecta con la doble función que el Tribunal Supremo ha identificado en el contrato de seguro de responsabilidad civil: «tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados» (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1240/2001, de 22 de junio, con cita de otras muchas).

En tercer lugar, la acción directa se consagró con carácter general en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Es una acción que se puede ejercitar tanto ante la jurisdicción civil como la penal; y tanto respecto de seguros obligatorios como voluntarios. El artículo 76 no hace distinción alguna y donde la ley no distingue, según la vieja máxima interpretativa, no hay distinción que valga. Es la ley la fuente definitiva del derecho del tercero perjudicado a la acción directa. Ahora bien, es decisiva la doctrina jurisprudencial de interpretación y aplicación de los dictados legales, en los términos que se expondrán más adelante.

2. Reconocimiento de la acción directa en el contexto penal. Responsabilidad civil *ex delito*

El Código penal incluye, como ya ha sido expuesto, normas civiles relativas a la responsabilidad civil surgida de los hechos delictivos¹⁹⁶. Entre tales

¹⁹⁶ No hay un cambio de naturaleza civil de la responsabilidad cuando esta surge *ex delito*. Como ha afirmado el Tribunal Supremo «no nos movemos en este ámbito en los márgenes del puro derecho penal, sino precisamente en el del derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con la finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS 1192/2006, de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal (STS 768/2009, de 16.7)». Estamos ante responsabilidad civil exigida ante y declarada por Tribunales penales porque ha surgido del hecho delictivo que estos Tribunales han de apreciar, así como determinar si forma parte o no del objeto delimitado por el correspondiente contrato de seguro de responsabilidad civil.

normas encontramos la relativa al reconocimiento de la acción directa en el artículo 117 CP, en los siguientes términos:

«Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.»

El reconocimiento de la Ley de Contratos de Seguros y el del Código penal se han de interpretar de manera coordinada, teniendo en cuenta su distinta perspectiva: (i) el artículo 76 Ley 50/1980 está centrado en identificar quién tiene el derecho a la acción directa (el perjudicado), mientras que (ii) el artículo 117 CP lo está en la figura del asegurador.

En cuanto al primero, el perjudicado, la Ley 50/1980 no se limita a reconocerle el derecho, sino que fija su contenido (sustantivo): «exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar». Un derecho inmune a las excepciones que el asegurador tenga contra el asegurado. Frente a este derecho, la situación jurídica pasiva del asegurador, obligado a indemnizar y a manifestar la existencia del contrato y su contenido. Pero también, tiene derechos frente al perjudicado como la de oponer la culpa exclusiva del perjudicado como excepción frente a la obligación de indemnizar; así como cualquier otra «excepción personal» que tenga contra éste. Al margen de esta relación bilateral queda el derecho de repetición contra el asegurado.

En cambio, el Código penal se centra en el asegurador, a los efectos de establecer de manera taxativa que es el responsable civil directo y que dicha responsabilidad surge con la producción del hecho previsto en el Código que forma parte del ámbito del riesgo asegurado. También le fija el límite de la indemnización dentro de los términos «legalmente establecid[os] o convencionalmente pactad[os]». Por último, salva el derecho de repetición del asegurador «contra quien corresponda».

En el contexto del Código penal, lo central es asignar las responsabilidades que, sin duda, recaen sobre el asegurador, y cuándo, así como el límite de la indemnización. En cambio, la legislación general de los contratos de seguro reconoce un derecho a la acción cuyo contenido especifica, así como constituye, al asegurador, en la situación pasiva correspondiente articulada alrededor de las obligaciones expuestas. Los dos preceptos regulan la misma institución,

sabilidad. Es lógico que estos mismos Tribunales sean los que, por razones de utilidad y economía procesal, los que así procedan en relación con la responsabilidad civil

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

pero desde perspectivas distintas y en consonancia con el contexto jurídico en el que se insertan.

El derecho que las normas penales reconocen a los perjudicados en relación con los daños producidos por un hecho delictivo no puede quedar a expensa, en el ámbito penal, de la libertad de las partes de un contrato de seguro. Esta posibilidad sería contraria a la lógica básica o fundamental de la responsabilidad civil *ex delito*. Además, el principio de especialidad obliga a aplicar de manera preferente la regla del Código penal, en detrimento de la norma general a la que se refiere la Ley 50/1980. En definitiva, los tres argumentos expuestos: (i) la acción directa como norma de orden público; (ii) el carácter penal de la norma que reconoce el derecho de los perjudicados por un hecho delictivo tipificado en el Código penal; y (iii) la aplicación preferente de la regla especial (la del Código penal) en detrimento de la general, son argumentos que comulgan en apoyo a la singularidad de la regulación de la acción directa del Código penal en detrimento de la de la Ley 50/1980. Es la misma institución con dos vertientes regulatorias, pero la aplicación de las normas del Código penal no sólo es preferente (principio de especialidad), sino además imperativa (al tratarse de un derecho que se reconoce a los perjudicados por un hecho delictivo), lo que vendría a reforzarse con la consideración de la del artículo 76 Ley 50/1980 como una norma de orden público, en los términos que se razonará más adelante.

La acción directa es un derecho que tanto la Ley 50/1980 como el Código penal admiten a los perjudicados por los daños de la responsabilidad de un asegurado y, en particular, por los producidos por un hecho considerado como delictivo conforme al propio Código penal. En el caso que nos ocupa, se trata de un derecho que la Ley reconoce a los perjudicados por el hecho o hechos delictivos producidos por el hundimiento del Prestige. Es un derecho de una víctima de unos delitos. Como afirma el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 8 Ene. 2007, rec. 1318/2005, «las obligaciones que nacen del delito se rigen por los parámetros derivados de la reparación, dolor causado y consecuencias de toda índole derivadas del hecho delictivo». Por un lado, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados (art. 109 CP). Y, por otro, «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios» (art. 116 CP). Es la ley la que delimita los términos conforme a los que ha de ser cumplida la obligación de reparar surgida del hecho delictivo productor de daños. Y es también la ley la que determina quién es el responsable civil por el indicado hecho dañoso. Es la ley y sólo la ley. Es también la Ley

la que determina cómo se ha de cumplir con la indicada responsabilidad al señalar el artículo 110 CP que la responsabilidad indicada comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. En los artículos 111, 112 y 113 CP se detalla el régimen jurídico de las indicadas formas de reparación. Y, por último, el artículo 115 CP dispone taxativamente que «los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.»

El Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 8 Ene. 2007 (rec. 1318/2005) advierte de que «en el caso de los delitos dolosos se rompe cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasa, sin más, el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro. Es evidente que nadie puede asegurar su responsabilidad civil para el caso de que cometa un delito doloso. Es claro que los criterios de determinación son radicalmente diferentes.» En el contexto de la responsabilidad por un delito doloso, los principios de justicia pueden empujar a romper e incluso abrir los estrechos límites incluso del contrato de seguro. Es un tema reiterado en la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo¹⁹⁷. El asegurador no puede alegar como causa de liberación de sus obligaciones el dolo del asegurado en la producción del daño. Esto es particularmente importante en relación con el caso Prestige.

¹⁹⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 12 jun. 2009, rec. 177/2008 resume, como ya hemos citado en otras ocasiones, la doctrina jurisprudencial sobre esta importante cuestión. El fundamento es reiterado, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 Mar. 2007, rec. 10687/2006: «*La doctrina establecida por este Tribunal a cuya virtud el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados determinando en casos de actuación dolosa del asegurado, el derecho del asegurador a repetir contra éste una vez subrogado en la obligación indemnizatoria*, conforme el art. 76 de la L. C. S., justifica el anticipado rechazo del recurso que ahora examinados. En las SSTS. 24.10.97, 11.2.98, y 4.12.98 se dice al efecto —siguiendo los criterios hermenéuticos unificados en Sala General: «una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas, y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En estos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. *El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del art. 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente*. El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal a su pago por el asegurador, si no tal previsión sería ociosa. El art. 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste. *El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia, se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso.*»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

Como ha reiterado el Tribunal Supremo, «el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia, se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 Mar. 2007, rec. 10687/2006).

En el ámbito penal juega con particular intensidad el principio de protección a las víctimas, de amparar al tercero perjudicado, calificado, en numerosas ocasiones, como tercero inocente. Y para dispensar esta protección, los límites contractuales son secundarios. El ilícito civil o penal, culposo o doloso, cuya responsabilidad recae en el asegurado no es ninguna restricción, al contrario, a la imposición al asegurador, en los términos del artículo 117 CP, de la responsabilidad civil directa. La única consecuencia es que habilita a éste con el derecho a ejercer la acción de repetición contra el asegurado. La interpretación que debe hacerse, especialmente en el ámbito penal, es siempre favorable a los derechos e intereses de las víctimas¹⁹⁸. Por lo tanto, la aseguradora «de quien ha cometido el delito o falta es responsable de acuerdo con lo establecido en el art. 117 CP, de modo que, una vez condenado el asegurado, el asegu-

¹⁹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 mayo. 2003, rec. 264/2002, recoge la doctrina sobre esta cuestión: «La jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 2071/2002, de 9 Dic., y de 22 Jul. 2001, postulan una interpretación acorde con los derechos de las víctimas, a tenor de la cual, la disposición de la ley de contrato de seguro impide el señalamiento de una indemnización en beneficio de quien haya causado, dolosa: o de mala fe, los daños que concretan el riesgo asegurado, pero esa disposición no se extiende al tercero inocente porque éste es ajeno a la causación del daño sufrido y debe ser indemnizado independientemente de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o penal del propio asegurado. Si esta situación se produjera, conforme a los arts. 76 de la ley del contrato de seguro y el art. 117 del Código penal, surgirá el derecho de repetición contra el asegurado que haya obrado ilícitamente, «pero tras atender por efecto de la acción directa, que una y otra norma establecen, las responsabilidades determinadas por la ocurrencia de riesgos asumidos legal o contractualmente por el asegurador que hayan afectado a terceros», ajenos completamente a la persona del asegurado causante de los daños que se indemnizan.»

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Mar. 2002, rec. 3736/2000: «la Sala Segunda del Tribunal Supremo no interpreta dicho principio con el carácter absoluto con el que se sostiene por parte de la doctrina más favorable a las tesis de las Compañías Aseguradoras, sino que mantiene una interpretación alternativa, más sensible a los intereses de las víctimas o perjudicados y más adecuada a la naturaleza y función del seguro de responsabilidad civil. Así la Sala ha señalado reiteradamente (por ejemplo, en sentencias de 29 mayo. y 24 oct. 1997, de 11 Feb. y 4 dic. 1998, y de 17 Oct. 2000, entre otras) que el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. Desde esta perspectiva el principio de no asegurabilidad del dolo, acogido en el art. 19 de la Ley de Contratos de Seguro, lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso el asegurador de la facultad de repetición contra el asegurado reconocida expresamente por el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.»

rador responde si el hecho está cubierto en la póliza, hubiera sido o no parte la aseguradora en el proceso penal y ello sin perjuicio de las acciones que le correspondan frente a su asegurado» (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 20 abr. 2009, rec. 870/2004).

El contexto penal introduce la protección de la víctima del delito como un factor relevante en la interpretación y en la resolución de las controversias. El Tribunal penal pretende una reparación íntegra de la víctima. No sólo el castigo del responsable del hecho delictivo sino también la reparación. Las fronteras del contrato, con ser importantes, pueden y deben ceder cuando se trata de proteger. El ilícito (civil o penal) del asegurado no es causa legal que legitime la liberación del asegurador. Tampoco los términos del contrato que cubren la responsabilidad del asegurado cuando el hecho delictivo ha sido cometido en el ámbito objetivo de la dirección y control de aquél (establecimiento) y por un empleado. El ámbito objetivo de la responsabilidad (el establecimiento) es suficiente para erigir la responsabilidad civil del asegurado y, en consecuencia, la responsabilidad directa del asegurador. El objetivo, insisto, es la más completa protección de la víctima¹⁹⁹.

¹⁹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 22 Feb. 2010, rec. 10837/2009 expresa esta doctrina en los siguientes términos:

«2. Los motivos segundo y tercero entran en el fondo de la cuestión y denuncian, por la vía del error de derecho, la indebida aplicación de los artículos 109 a 115 y 117 del Código Penal e inaplicación de los artículos 1, 73 y 76 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro. En concreto, viene a sostener que no debió ser condenada como responsable civil directa sino como responsable civil subsidiaria. *Advierte que el contrato de seguro se firmó entre la entidad propietaria de la residencia geriátrica, pero no con el condenado. En consecuencia, siendo éste el responsable civil directo y la residencia la responsable civil subsidiaria, esta debió ser la naturaleza de la condena por responsabilidad civil.*

3. Existe una línea jurisprudencial que interpreta el alcance del artículo 117 del Código Penal. En primer lugar, conviene recordar que nos encontramos ante un hecho delictivo doloso cometido por el empleado de una residencia geriátrica contra una paciente, por lo que la responsabilidad se genera en virtud de lo dispuesto en el artículo 120.3.^º del Código Penal, que se refiere, sin distinción alguna, a los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares personas naturales o jurídicas. Ahora bien, es cierto que la responsabilidad civil nace cuando por parte de los que los dirijan o administren (los titulares de la Residencia geriátrica) se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4. Nos encontramos ante un seguro voluntario que se rige por las condiciones pactadas y las establecidas legal o reglamentariamente. Es preferente la autonomía de la voluntad entre las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Contratos de Seguro.

5. El artículo 76 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (modificada por las Leyes 21/1990, de 19 de diciembre, y 30/1995, de 8 de noviembre), dispone expresamente que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. Asimismo el art. 117 del CP 1995 dispone que los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado,

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

Por lo tanto, en el contexto del delito, como en el caso que nos ocupa, hay una conclusión sobresaliente: la responsabilidad civil directa del asegurador no puede ser enervada por contrato alguno. Es obra de la Ley, del Código penal, que el asegurador responda, de manera directa, en caso de seguro de responsabilidad civil. Frente a esta disposición, no vale la autonomía de la voluntad. La libertad de las partes no puede llegar hasta excepcionar el cumplimiento de una norma penal, por muy civil que sea. Esta vendría a ser la conclusión de Derecho español. Es la que permite al Tribunal Supremo efectuar la declaración que he señalado. No es posible, nos dice el Tribunal, desapoderar a los perjudicados de esta garantía que le reconoce, sin posibilidad de enervación contractual, el Código. En cambio, desde la perspectiva de los Tribunales ingleses, el razonamiento es otro. Es irrelevante, según parece, que sea una norma civil incluida en el Código penal y en unos términos categóricos expuestos. No es suficiente. Tenemos que seguir buscando lo que, como ya resulta evidente, nunca podremos encontrar para dar satisfacción a dichos tribunales. Nos tenemos que interrogar sobre el «fondo», la sustancia del derecho a la acción directa en el caso, específico, de los contratos de seguros marítimos de responsabilidad civil y, dentro de éstos, los contratos P&I.

serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

6. En consecuencia, y como ya ha declarado con reiteración esta Sala, en sentencias de 4 de diciembre de 1998 y 17 de octubre de 2000, números 1574/2000, 225/2003, de 2 de Junio de 2005, entre otras, la responsabilidad civil directa frente al perjudicado de aquellos aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, incluye expresamente los supuestos en que el evento que determine el riesgo asegurado sea «un hecho previsto en este Código», es decir, un delito doloso o culposo, sin perjuicio de la facultad de los aseguradores de repetición contra el autor del hecho.

7. Como señalan las sentencias citadas, lo que excluye el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos en el ámbito de cobertura del seguro sea debido a la conducta del asegurado —disponiendo el asegurador en este caso de la facultad de repetición frente al asegurado que le reconoce el art. 76 L. C. S., o bien sea debido a un acto doloso o culposo de un empleado o dependiente del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (art. 120. 4.º C. P. de 1995), en cuyo caso dispone también el asegurador del derecho de repetición contra el autor del hecho que expresamente reconoce el art. 117 del Código Penal de 1995, siendo este último supuesto precisamente el aplicable en el presente caso (STS de 22 de abril de 2002 y Auto de 14 de diciembre de 2006).

8. Más recientemente esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2010, ha señalado que: el art. 120.3.º del C. Penal establece que son «también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».

3. Los seguros marítimos y la posible enervación contractual de la Ley, antes y después del caso Prestige

En el caso de los seguros marítimos, se ha planteado un debate que ha enfrentado a la doctrina maritimista a la iusmercantilista. Un debate que, al menos inicialmente, se puede considerar resuelto tras la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014). También tenemos que tener en cuenta que se debe distinguir entre los contratos de seguro marítimo, en general, y, en particular, los contratos P&I.

En el momento presente, como ya he señalado, la Ley de Navegación Marítima ha resuelto que es indisponible por las partes el derecho a la acción directa del perjudicado e, incluso, sanciona con la invalidez cualquier pacto contractual que estableciera lo contrario (art. 465). Ahora bien, esta clara determinación legal no impediría, incluso, la aplicación de la doctrina de los tribunales ingleses. Con esta doctrina en la mano, seguirían buscando la esencia, el fondo o la sustancia del derecho indicado hasta alcanzar el prejuicio establecido. Diga lo que diga la ley, se seguirá considerando que ese derecho es de naturaleza contractual; no tanto por su fuente, que expresamente se reconoce como legal, como por su funcionalidad, al servicio del contrato, de una obligación contractual. Se produce, al final, la disociación entre un derecho legal y una obligación contractual, con el añadido de que ésta es la que atrae a aquél y no a la inversa. Que el peso institucional recaiga sobre el contrato, es el fruto de una opción, incluso, ideológica, a favor de la autonomía de la voluntad, de la libertad de las partes, frente a la del legislador. Es imposible, con estos rudimentos, romper esta construcción jurídica, salvo que seamos capaces hacer entender de que, en el Derecho español, el derecho a la acción directa es de naturaleza imperativa, sobre el que no cabe disposición alguna por las partes; no puede constituir el objeto de ningún pacto. Vendría a ser, como se argumentará más adelante, una «excepción de orden público»²⁰⁰. Podría ser, pero no hay seguridad de que así sea entendido e, incluso, entendiéndolo, tampoco que el Derecho inglés reconozca tal restricción. Probablemente, en el momento del hundimiento, la legislación aplicable, permite ilustrar, con toda su crudeza, el conflicto de interpretaciones y la naturaleza imperativa (orden público) del derecho y su rechazo, con independencia, insisto, del reconocimiento legal. No es suficiente. Y no lo es porque, diga lo que diga la Ley, lo único importante es lo que el Tribunal inglés considere que es la sustancia de la institución.

²⁰⁰ SIERRA (2015: 163).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

En el momento en que el hundimiento se produjo, la ley aplicable, en lo que ahora nos interesa, en orden a determinar el derecho a la acción directa, era la Ley general de seguros. El artículo 107 Ley 50/1980 dispone que «en los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable»; pueden decidir someterse a una legislación, caso de la inglesa, en la que los perjudicados no tienen reconocido un derecho similar o equivalente al que el artículo 76 de la misma Ley reconoce a los perjudicados. Además, la Ley 50/1980 era de aplicación supletoria respecto de las normas del Código de Comercio a las que se someten aquellos contratos. Y estas normas son, a su vez, dispositivas por lo que las partes pueden pactar lo que consideren oportuno²⁰¹. El resultado de este conjunto de disposiciones conduce a una interpretación confusa. La primera interpretación considera que las partes del

²⁰¹ El Tribunal Supremo, en una única ocasión, ha sostenido, en relación con los contratos P&I, el carácter dispositivo de la legislación a la que someter sus cláusulas. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 jul. 2003, rec. 3491/1997. En un *obiter dicta*, sin poderse determinar por qué razón el Tribunal llevaba a cabo tan enfáticas palabras, el Tribunal afirmó lo siguiente:

«En el caso presente, el contrato de seguro es del tipo llamado de protección e indemnización conocido como seguro P&I (protection and indemnity), carente de regulación positiva en Derecho español, *seguro de responsabilidad civil del naviero*, como seguro de base mutualista, en el que los propios armadores o personas relacionadas, se organizan mediante clubs para darse cobertura entre sí mismos, sometidos a la legislación del país en que se han constituido, siendo válida la sumisión a una legislación determinada, que suele ser la inglesa y válida asimismo la cláusula de arbitraje en Londres, también usual: ambas figuran en el contrato de seguro del presente caso. En este tipo de seguro, el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya ha tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora. *No es el clásico seguro de responsabilidad civil*, sino el seguro de indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero.»

En el contrato de seguro de responsabilidad civil, según dispone el artículo 73 Ley 50/1980, «el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho.» El contrato de seguro P & I se ajusta a la definición del artículo 73 Ley 50/1980. Según explica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 jul. 2003, en el seguro P&I «el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya ha tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora. No es el clásico seguro de responsabilidad civil, sino el seguro de indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero.» El seguro P & I cubre, como el clásico seguro de responsabilidad civil al que se refiere el artículo 73 Ley 50/1980, la responsabilidad civil del asegurado por los daños producidos a un tercero. Que el asegurador pague directamente al tercero (caso del seguro clásico de responsabilidad civil) o que lo haga al asegurado una vez ha pagado éste (caso del seguro P & I, según el Tribunal Supremo), en nada altera la naturaleza común de ambos seguros. Ambos comparten el mismo riesgo: la responsabilidad civil del asegurado por los daños producidos a un tercero.

De las palabras del Tribunal Supremo se puede interpretar que el contrato de seguro P&I es un «seguro de responsabilidad civil del naviero» pero no es «el clásico seguro de responsabilidad civil». Sus singularidades, a mi juicio, no pueden alterar la lógica institucional profunda de la categoría de los contratos de seguro de responsabilidad civil. No puede hacerlo porque, en tal caso, ya no estaríamos ante una

seguro marítimo pueden disponer tanto de la acción directa del artículo 76 Ley 50/1980 como de la del artículo 117 CP. Esta interpretación se basaría en el hecho de que se trataría de la regulación de la misma institución jurídica con independencia de que esté incrustada en el Código civil o en el penal.

La dificultad que tiene esta interpretación radica en la ausencia de argumento suficiente para sostener que se deba dar preferencia al carácter dispositivo de la legislación de contratos de seguros, en detrimento del carácter imperativo de las normas del Código penal. Esta preferencia conduce a que también tendrían una eficacia jurídica dispositiva las normas del Código penal que regulan la acción directa. La unidad de la institución, conduce a la de la regulación y ésta, paradójicamente, a que el carácter dispositivo de la Ley 50/1980 se proyecta sobre las normas del Código penal. No parece razonable. Esta aparente contradicción se resolverá, como se argumentará más adelante, sosteniendo que la regulación de la acción directa de la Ley 50/1980 tiene carácter imperativo y no dispositivo, precisamente porque es una norma de orden público, cuya eficacia salva de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 107 Ley 50/1980, el apartado sexto del mismo artículo.

Este precepto dispone que «lo dispuesto en los números precedentes se entenderá sin perjuicio de las normas de orden público contenidas en la Ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro de daños». La cuestión pasa a ser si revisten la condición de normas de orden público la de los artículos 76 Ley 50/1980 y 117 CP. Un sector de la doctrina, usualmente maritimista, sostiene que se trata de normas dispositivas, con alguna excepción²⁰². En cambio, la doctrina mercantilista, prácticamente de manera unáni-

singularidad cuanto el alumbramiento de una nueva categoría. En todo caso, es destacable la ausencia de continuidad de la doctrina señalada.

²⁰² RUIZ SOROA Y GABALDÓN (1999: 753) afirmaban: «En la práctica actual del seguro de responsabilidad naviera, asumido por los Clubes P & I, se intenta excluir la acción directa del perjudicado contra el asegurador, no mediante una cláusula expresa de exclusión, sino a través de un peculiar diseño del contrato de seguro. Así, se configura la obligación indemnizatoria del asegurador como la de abonar a su asegurado lo que éste haya abonado al perjudicado (*«first pay rule»*, *«pay to be paid rule»* o *«indemnity file»*), de forma que el siniestro no nace con la realización del hecho dañoso, sino con el pago de su deuda de responsabilidad por el asegurado al perjudicado. Esta construcción contractual del seguro de responsabilidad excluiría, por sí misma, la acción directa del tercero contra el asegurador, puesto que nada debería el asegurador en tanto el asegurado no indemnizase al tercero perjudicado y nada se le podría reclamar, por tanto, hasta ese momento. Sin embargo, esta delimitación contractual del contenido del contrato no puede considerarse admisible en nuestro Derecho por mor del art. 73 de la Ley 50/1980, en el que se configura de otra forma la obligación del asegurador. Para este precepto, la obligación surge y es exigible desde que nace la responsabilidad del asegurado, no cuando éste la satisface efectivamente. De ahí que el tercero perjudicado pueda exigir directamente su cumplimiento. La construcción contemplada no es, desde este punto de vista, sino una sofisticada forma de excluir la acción directa del perjudicado y, por ello, contraria a preceptos imperativos. Sin embargo, este tipo de cláusulas, que configuran el seguro de responsabilidad en manera excluyente de la acción directa del perjudicado, han sido consideradas como válidas en otros sistemas jurídicos, singularmente el inglés, y ello suscita la cuestión de si, en los casos en que el

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

me, sostiene que son imperativas²⁰³. El artículo 465 de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima, como he comentado, vendría a confirmar esta última cuando sanciona con la invalidez cualquier disposición contractual que enervase el derecho a la acción directa del perjudicado. Sin embargo, como he expuesto, incluso podría no ser suficiente ante la doctrina «sustancialista» de los tribunales ingleses.

La consideración de las normas que reconocen el derecho a la acción directa como de orden público, supone entenderlas así en su sentido internacional, esto es, como una limitación a la eficacia jurídica, en el Derecho español, de leyes o sentencias extranjeras. Así lo establece, con carácter general, el artículo 12 CC.

En primer lugar, el artículo 107.6 Ley 50/1980 utiliza la técnica del orden público para impedir que la libertad, reconocida a las partes en los seguros de grandes riesgos, para elegir la ley aplicable, pueda conducir a que se les reconozca efectos jurídicos a leyes contrarias a los límites que el Derecho español considera infranqueables. El precepto incorporó al Derecho español, por Ley de reforma del año 1995, el artículo 7.2 de la Directiva 357/1988 (sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida). La Directiva disponía que «lo dispuesto en el presente artículo no podrá contravenir las normas legales del país del juez que regule imperativamente la situación, sea cual fuera la Ley aplicable al contrato.» El artículo se refiere a normas imperativas que se deberán aplicar «sea cual fuera la Ley aplicable al contrato.»

A su vez, dicha disposición trae causa de lo dispuesto en el artículo 7.2 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. En dicho artículo se dispone que: «Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.» Tanto el Derecho de la Unión

contrato de seguro está regulado materialmente por una ley extranjera tal como la inglesa, podría válidamente argüirse ante un tribunal español la inexistencia de acción directa de acuerdo con el contrato. *La respuesta parece de nuevo negativa, pues el art. 107.6 de la Ley 50/1980, al tratar de las normas de Derecho internacional privado en materia de seguros, precisa que cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro habrán de respetarse las disposiciones de orden público contenidas en la ley española. De forma que la ley extranjera que regula el contrato cede en este punto ante el precepto interno protector de los derechos de los perjudicados.*»

²⁰³ OLIVENCIA (1994), SÁNCHEZ CALERO (2010), CALZADA CONDE (2005: 25) considera que el régimen de la posición jurídica del tercero perjudicado es indisponible por la voluntad de las partes. Ya, a la luz de la nueva regulación, SIERRA (2015), RUIZ LIMA Y MATA GARRIDO (2015), entre otros, consideran que no hay duda que estamos ante normas de orden público, la excepción de orden público de la que habla, por ejemplo, SIERRA (2015: 584).

como los Convenios internacionales se refieren a las normas imperativas; de aplicación a los contratos «cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato.» Y cualquiera que sea el contrato, tales como el de los grandes riesgos²⁰⁴ o, ahora, los contratos de seguros marítimos regulados por la vigente Ley de Navegación Marítima.

En *segundo* lugar, las normas de orden público disfrutan de una imperatividad excluida de la libertad de las partes. Son imperativas en el sentido más estricto. La ley extranjera que regula el contrato cede en este punto ante el precepto interno protector de los derechos de los perjudicados. Todas las normas de orden público son imperativas, pero no todas las imperativas son de orden público. La cuestión pasa a ser, por consiguiente, otra, ¿puede ser calificada como imperativa la norma que reconoce el derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador y, por consiguiente, como norma de orden público en relación con los contratos de seguros marítimos? Esta es la cuestión jurídica relevante.

Es una norma imperativa que, en tanto que norma de orden público, es aplicable a los contratos de seguro marítimos, porque consagra un derecho esencial o fundamental del perjudicado que forma parte del núcleo institucional del contrato de seguro de responsabilidad civil. Con apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede considerar que (i) el contrato de responsabilidad civil es una institución jurídica de tutela o protección de los perjudicados²⁰⁵; por lo que (ii) el derecho a la acción directa del perjudicado es un medio jurídico esencial para hacer realidad ese aspecto o característica

²⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO (2005: 1401) considera que el derecho del art. 76 es aplicable a los contratos de grandes riesgos.

²⁰⁵ En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 Jul. 2005, rec. 830/1999 se proclama: «F) Es de mantener también, como se dice en la motivación del recurso, la razonable fundamentación de las sentencias en ella recogidas, en cuanto a distinguir la eficacia del contrato de seguro de responsabilidad civil en dos frentes, el propio del mismo asegurado, en relación con la preservación o protección de su particular patrimonio, y el general, de instrumento de tutela (sea el seguro obligatorio o voluntario) de los derechos de las víctimas o perjudicados (desarrollo del amparo dentro del aspecto de la victimología, tan protegido en otros Derechos, como el francés), por lo que en la actuación jurídica de la póliza en este caso, y dada la insolvencia del responsable directo, y del subsidiario del mismo, primaría este último aspecto.»

Y también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 Feb. 1998 (rec. 1494/1996) que decía recoger, otras anteriores (Sentencias de 12 de noviembre de 1994, de 29 de mayo de 1996 y de 24 de octubre de 1997), se pronuncia la siguiente afirmación: «El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia, se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso.»

Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas ocasiones: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 20 Mar. 2013, rec. 1357/2012; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 12 jun. 2009, rec. 177/2008; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 21 Mar. 2007,

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

primordial del contrato. (iii) El perjudicado no podría proteger sus derechos, en el contexto del contrato, si se viese desprovisto de la posibilidad de la acción directa. En tal caso, (iv) el contrato dejaría de ser una institución jurídica de tutela de los perjudicados para convertirse en otra bien distinta centrada exclusivamente en la protección de las partes y, usualmente, al asegurador.

El derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador es una pieza jurídica esencial de la configuración institucional del contrato de seguro de responsabilidad civil. Es, por lo tanto, una pieza indisponible por las partes porque si lo estuviese afectaría a aquella configuración. Las normas que reconoce tal derecho (art. 76 Ley 50/1980 y 117 CP; y ahora el artículo 465 Ley 14/2014) son imperativas por lo que, en el contexto del eventual conflicto de leyes aplicables a los contratos de seguros marítimos, deben ser consideradas como de orden público, ajena a la voluntad de las partes de someter el contrato a la legislación que consideren oportunas, en nuestro caso, el Derecho inglés.

Y, en *tercer* lugar, la imperatividad del orden público, en relación con la libertad de las partes, se ha de considerar reforzada por la conexión entre el derecho del perjudicado, en los términos expuestos, con el orden público constitucional. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo²⁰⁶ hablan del orden público constitucional, en particular, cuando los «afectados» son derechos fundamentales. La conexión con los derechos fundamentales tiene dos dimensiones. Por un lado, el vínculo con la responsabilidad civil y la protección de los bienes y derechos que están garantizados constitucionalmente. Y por otro, con el derecho a la tutela judicial efectiva. El orden público es orden público constitucional, esto quiere decir que el orden público en sentido internacional está delimitado por la Constitución y, en particular, por los derechos fundamentales. No puede tener efectividad en Derecho español una ley o resolución extranjera que sea contraria a la Constitución y, en particular, a los derechos fundamentales.

En el caso específico del derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador la conexión con los derechos fundamentales se produce por la vía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Aquél derecho es un derecho de defensa o protección de la víctima para recuperar o resarcirse de los daños sufridos cuya producción hizo nacer la responsabilidad civil del asegurado.

rec. 10687/2006; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Mar. 2002, rec. 3736/2000; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 22 jun. 2001, rec. 3025/1999.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 14 Mar. 2007, rec. 1912/2000.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 14 Mar. 2007, rec. 1912/2000 desarrolla esta perspectiva. Expone, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho al recurso, a usar los medios contemplados y regulados en Derecho para la defensa de los derechos e intereses. El derecho del artículo 76 Ley 50/1980 es un derecho de defensa que formaría parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Parece razonable considerar que una ley o resolución extranjera no podría eliminar el derecho que tienen las víctimas españolas a recurrir contra el asegurador para resarcirse de los daños que ha sufrido como consecuencia de una acción del asegurado que ha hecho nacer la responsabilidad civil de éste²⁰⁷.

Cuando el Tribunal Supremo, en la Sentencia Prestige señala, en términos categóricos, que la privación de la acción directa en manos de los perjudicados, en este caso, fruto, además, de una cláusula contractual que resulta de la libertad de las partes, tiene unos «efectos devastadores» sobre los perjudicados, está reafirmando la conexión que hay entre la acción directa y el derecho de los perjudicados a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). No podría haber tal tutela si los perjudicados no pudiesen actuar directamente contra el asegurador. Y no podría haberla porque los Tribunales españoles no podrían garantizar que los perjudicados pudiesen ver satisfechos sus derechos e intereses legítimos dañados por el responsable de tales daños, incluso, el considerado penalmente responsable, si no puede dirigirse directamente contra el asegurador, en los términos del Código penal. No podría hacerlo porque la magnitud de los daños supera, usualmente, la capacidad económica del asegurado, de ahí que se imponga la obligación de la subscripción de un contrato de seguro de responsabilidad civil. Si, además, como sucede con los contratos P&I, primero tiene que pagar el asegurado, iniciando un interminable pleito hasta conseguir este resultado, los efectos devastadores se reduplican. Lamentablemente, los hechos confirman este aserto. En el momento del cierre de esta edición, la cantidad abonada por el asegurador no permite ni cubrir los gastos administrativos y jurídicos. El grueso de los daños sigue sin la compensación que la legislación, la justicia y el sentido común exigen.

²⁰⁷ Un derecho que ha sido reconocido por la Decisión Marco del Consejo Europeo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, artículo 9 (Derecho a indemnización en el marco del proceso penal): «Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía.»

B. EL TITULAR DEL DERECHO: EL PERJUDICADO

El titular del derecho a la acción directa es el perjudicado. Todo aquél que sufre un daño del que sea responsable otra persona que, a su vez, tenga cubierto el riesgo de la responsabilidad civil mediante un contrato de seguro, puede elegir entre ejercer la acción de responsabilidad contra el responsable-asegurado o contra el responsable-asegurador. A esta última se la denomina acción directa porque ni depende del resultado de la primera acción ni la compensación obtenida queda a disposición de todos los acreedores para beneficiar indirectamente al accionante, como sucedería en el caso de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC²⁰⁸. En la práctica²⁰⁹, el perjudicado ejerce la acción simultáneamente contra ambos, el asegurado y el asegurador. Tiene la ventaja de que en un mismo procedimiento se resolverán todas las cuestiones relativas a la existencia de la responsabilidad y la cobertura del seguro.

1. El perjudicado. Responsabilidad civil del dañador

El punto de partida jurídico es el derecho que tiene todo dañado de manera injusta a la reparación. Así lo reconoce con carácter general el artículo 1902 CC cuando dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.» ¿Cuáles son los títulos jurídicos que permiten a una persona considerarse dañada por la acción, en nuestro caso, del asegurado? En general, son la titularidad de los bienes y derechos perjudicados por la acción del causante del daño. En el caso de los daños ambientales, ya he expuesto las singularidades que les adornan. Según las coordenadas tradicionales, en nuestro caso, el vertido producido por el hundimiento del Prestige ha «dañado» a las Administraciones públicas que han ejercitado la acción en virtud del artículo 117 CP porque son titulares de bienes directamente afectados (el mar y la costa, en particular) y de potestades de protección y de reparación de los recursos naturales (tales como los espacios naturales protegidos y la flora y fauna silvestre), así como se han subrogado en los derechos de los terceros particulares que han visto dañados sus bienes y derechos como consecuencia del vertido. En todo caso, como ya

²⁰⁸ Este artículo dispone: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.»

²⁰⁹ Como también sucedió en el caso Prestige.

ha sido expuesto, quedan fuera de la interpretación convencional, otros daños que igualmente deben ser reparados, como ha advertido el Tribunal Supremo, tal como los daños morales.

El causante o responsable del daño puede cubrirse frente al riesgo del surgimiento de la responsabilidad civil y la consiguiente obligación de reparar mediante el contrato de seguro de responsabilidad civil. El evento dañoso hace surgir por obra de la Ley la responsabilidad civil. Este riesgo lo cubre el asegurado mediante el contrato de seguro. En todo caso, al margen del indicado contrato de seguro permanecen tanto la responsabilidad como la obligación legal de reparar el daño. Estas no dependen del contrato de seguro²¹⁰. A su vez, el tercero dañado tiene, por obra de la ley, el derecho a ejercer la acción judicial contra el asegurador con el objetivo, como dispone el artículo 76 Ley 50/1980, de exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar en el marco de la obligación de reparar el daño causado a la que se refieren los artículos 1902 CC y 109 CP. Se trata de la acción denominada, precisamente, de responsabilidad civil.

A su vez, en el caso que nos ocupa, no podemos olvidar el supuesto de la responsabilidad civil surgida del delito, o sea, aquella a la que se refiere el artículo 109 CP que dispone que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.» El causante del daño tiene una obligación legal a reparar los daños. Nos movemos en el terreno de la ley²¹¹. Es ésta la que

²¹⁰ El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en la Sentencia de 14 Feb. 2011 (rec. 1750/2006) afirmaba: «Definido el seguro de responsabilidad civil por el artículo 73 Ley 50/1980 como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho», es bien conocido el debate doctrinal sobre si lo decisivo es el hecho causante de la obligación, el nacimiento de la obligación misma o la reclamación del perjudicado.

Esta Sala, en línea con la postura mantenida por una destacada doctrina científica, ha declarado (STS de 3 de julio de 2009, RC n.º 2688/2004) que *la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, y que es la causa del siniestro que se encuentra en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil*. Como a partir del momento en que se produce el hecho dañoso, el patrimonio del asegurado se ve gravado por el adeudo generado por aquel y surge el débito de responsabilidad, ha de concluirse que *el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso*.

La sentencia de 14 de junio de 2002 (RC n.º 3847/96), en relación con la redacción originaria del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, declaró que la jurisprudencia de esta Sala interpretaba dicho artículo *identificando siniestro con hecho causante y no con reclamación del perjudicado, lo que implica en que el deber de indemnizar nazca desde que se originan los daños y como reacción frente a ellos.*

²¹¹ Una observación básica de Teoría General del Derecho. El supuesto de hecho que hace surgir el derecho es el evento dañoso. El artículo 1902 del Código civil nos ofrece un ejemplo excelente: «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.» Esto quiere decir que (i) producido un hecho (el daño) hace surgir (ii) la consecuencia jurídica

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

le atribuye a tal causante la responsabilidad civil de los daños y, por consiguiente, la obligación de reparar. No se puede confundir esta obligación legal del Código Civil y del Código penal con la de indemnizar pactada en el contrato de seguro²¹².

2. Perjudicado y contrato de seguro de responsabilidad civil

Uno de los temas más espinosos de la naturaleza jurídica de la acción directa es el relativo a su relación con el contrato de seguro. El punto de partida debe ser desentrañar la naturaleza jurídica del contrato de seguro de responsabilidad civil²¹³.

El artículo 73 Ley 50/1980 define el contrato de seguro de responsabilidad civil como aquel contrato por el que «el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.» Tres características han sido identificadas: (i) el contrato garantiza al asegurado frente a la responsabilidad civil en que puede incurrir, con independencia de la naturaleza de ésta (contractual o extracontractual y, dentro de esta, en particular, la derivada de delito); (ii) se trata de un seguro contra el daño patrimonial sufrido por el asegurado al nacer una deuda; sólo garantiza los daños causados a terceros por culpa del asegurado y no los sufridos por éste; y (iii) «si bien se configura como un seguro de daños a favor del asegurado, la generalización de la acción directa y del carácter obligatorio en muchos sectores, ha motivado su consideración como un seguro en beneficio de la víctima del daño»²¹⁴. Un se-

de la obligación de reparar el daño. Esta consecuencia nace de la Ley, pero es la Ley la que también contempla el hecho que la desencadena. En otros términos, sin Ley no hay hecho ni consecuencia jurídica, pero sin la producción de aquél hecho, la consecuencia no se podría desencadenar. Por esta razón es tan importante la calificación de los hechos. Una operación lógica equivalente a la «charatization» que proponga el Derecho inglés.

²¹² Otra observación básica de Teoría General del Derecho: no se pueden confundir (i) el derecho a la reparación del Código Civil (art. 1902) y del Código Penal (art. 109); (ii) el derecho a la acción directa de los artículos 76 Ley 50/1980 y 117 CP; y (iii) las obligaciones y los correlativos derechos pactados en el contrato de seguro correspondiente. El primero es un derecho legal, reconocido en el Código Civil y en el Código Penal que no depende de contrato alguno. Es la responsabilidad civil extracontractual y, en particular *ex delito*. El segundo es un derecho también legal de configuración igualmente legal. En cambio, el tercero, son los derechos y obligaciones pactados en el contrato.

²¹³ Sobre la evolución de este contrato de seguro, Vid. ALONSO SOTO (2000: 195 y ss).

²¹⁴ URÍA, MENÉNDEZ & ALONSO, 2001: 619.

guro en beneficio de la víctima del daño, o sea, el tercero perjudicado²¹⁵. Es un contrato singular por la relación triangular que supone: asegurador, asegurado y víctima. Se ha planteado el debate sobre su naturaleza jurídica. Una de las tesis sostenidas afirma que es un contrato a favor de tercero²¹⁶, reconocido con carácter general en el artículo 1257 del Código Civil²¹⁷.

El contrato a favor de tercero es una excepción al principio general denominado de la relatividad de los contratos, formulado en dicho artículo, según el cual «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos». Y, en el segundo párrafo, se excepciona el principio general y se consagra el contrato a favor de tercero cuando dispone que «si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.» Esta excepcionalidad explica tanto su régimen restrictivo (la manifestación expresa de la aceptación por parte del tercero) como su interpretación y aplicación. La interpretación más solvente

²¹⁵ ALONSO (2000: 200) describe esta característica como «la última etapa, por ahora, de la evolución del seguro de responsabilidad civil es la que conduce a la denominada socialización del riesgo. Bajo esta expresión se comprende la transformación del seguro de responsabilidad civil en un seguro que va más allá de la protección del asegurado y se convierte en un seguro concertado en favor de las víctimas. Se trata con ello de dotar a la víctima de la máxima protección jurídica y completar de este modo alguna de las carencias que presentaba el seguro de responsabilidad civil que, al no estar configurado como un seguro en favor de tercero, no permitía que la víctima se dirigiera directamente contra la compañía aseguradora ni tampoco la dejaba inmune frente a las condiciones del seguro pactadas entre el asegurador y el asegurado.» Vid. CALZADA CONDE (2005: 15-16).

²¹⁶ LÓPEZ RICHART (2001: 221, nota 97) cita como defensores de esta tesis PUERTA LUIS, L. R., 1977: *La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado*. Madrid, pp. 55 y ss. También sostiene que esta tesis ya fue expuesta con anterioridad por BARREIRO MOUREZA, D., 1965: «El seguro obligatorio de vehículos de motor», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1965, pp. 5 y ss. Y por SANTOS BRIZ, J., 1974: «Tendencias jurisprudenciales sobre el seguro de responsabilidad civil automovilístico. Aspectos sustantivos», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1974, pp. 318 y ss.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre 1986 (RJA 1986(6435) recogió la doctrina jurisprudencial que participaba de esta tesis con anterioridad a la Ley 50/1980: «Habida cuenta de la fecha en que ocurrió el siniestro, el 24 de diciembre de 1976, hace casi una década, no es de aplicación la hoy vigente Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, sino la normativa anterior, que, largamente, fue interpretada por la Jurisprudencia de esta Sala en el sentido de otorgar al perjudicado el carácter de tercero en el Seguro de Responsabilidad civil, provisto de acción directa procedente de la estipulación en su favor contenida dentro del Contrato; estipulación de naturaleza específica para ese contrato y excluida por su especificidad del requisito que genéricamente y para las estipulaciones en favor de tercero previene el párrafo segundo del artículo 1257 del Código civil de haber de ser aceptadas por el tercero declarándolo así al obligado antes de que haya sido revocada por el estipulante. Según la doctrina que ofrecen las sentencias de esta Sala de 2 de junio y 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960(2072 y RJ 1960(3150), 3 de noviembre de 1966 (RJ 1966(4838), 18 de febrero de 1967 (RJ 1967(787), 14 de octubre y 25 de noviembre de 1969 (RJ 1969(4706 y RJ 1969(5508), 15 y 26 de abril de 1977 (RJ 1977(1655 y RJ 1977(1693), 27 de noviembre de 1981 (RJ 1981(4632), 15 y 31 de marzo de 1982 (RJ 1982(1377 y RJ 1982(1552) y 8 de junio de 1984 (RJ 1984(3222), entre otras, que adelantaron la solución legal acogida ahora en el artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro ya citada, existe una relación directa entre el perjudicado y el asegurador creada por el contrato de seguro y de naturaleza contractual habida cuenta de su origen.»

²¹⁷ Sobre el contrato a favor de tercero Vid. LÓPEZ RICHART (2001).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

sostiene que el tercero disfruta de un auténtico derecho de crédito respecto del promitente que, además, ha sido consciente y voluntariamente reconocido en su favor en el contrato correspondiente. Es, por lo tanto, un derecho estrictamente contractual. El tercero es un sujeto determinado y el derecho es igualmente cierto. Además, queda sometido, por obra de la aceptación, a las condiciones pactadas en el contrato; sólo tiene los derechos que el contrato le reconoce, al igual que queda sometido a las excepciones y medios de defensa que tengan su origen en dicho contrato²¹⁸. Esta interpretación conduce a la completa inserción del tercero en el contrato; total y absolutamente dependiente de las condiciones del contrato.

En el caso del seguro de responsabilidad civil, ni el tercero es un sujeto determinado (en el momento en que las partes celebran el contrato), ni el derecho es igualmente cierto²¹⁹. El seguro cubre un riesgo que podrá cumplirse o no y, en tal caso, surgirá la responsabilidad del asegurado, así como el derecho del dañado a la compensación o reparación del daño. Sólo una vez producido el evento dañoso, surgen responsabilidad / reparación vinculados, además, a un sujeto ya determinado.

El perjudicado no es parte del contrato; sus derechos no traen causa del mismo; tampoco el derecho a la acción directa contra el asegurador. En cambio, en el ámbito de los seguros marítimos, se ha llegado a sostener que la autonomía de la voluntad de las partes también afecta al tercero. Materialmente éste se colocaría en una situación equivalente a la que resulta del contrato a favor de tercero, rompiendo con la lógica de la institución del contrato de responsabilidad civil. Regidos por la autonomía o libertad de las partes, incluso para elegir la legislación a la que someterse, pueden disponer también de la acción directa. En consecuencia, el derecho a la acción directa sería de fuente legal pero enteramente disponible por las partes. Es lo que nos dice el Magistrado Hamble²²⁰. No duda de que el derecho a la acción directa es de naturale-

²¹⁸ Como afirma LÓPEZ RICHART (2001: 364) «El contrato celebrado entre promitente y estipulante es la fuente y la medida del derecho del beneficiario y por ello éste está sujeto a todas las excepciones y medios de defensa que tengan su origen en dicho contrato. Pero al mismo tiempo, es el del beneficiario un derecho propio, no del estipulante, por lo que es lógico que no se confundan las relaciones personales que el promitente pueda tener con este último y la relación crediticia del tercero derivada del contrato. Es por ello que el promitente no podrá valerse de las excepciones basadas en sus relaciones personales con el estipulante ajena al contrato, como es el caso de la compensación».

²¹⁹ Como escribiera PASQUAU LIAÑO (1989:43-44) «... parece difícil sostener la ficción de la existencia de un «favor tertii» en el contrato de seguro, no ya porque éste sea desconocido en el momento de su celebración, sino porque en realidad su interés (el del tercero) no cuenta para nada, estando garantizado sólo legalmente (art. 1902 CC), y no por la voluntad de las partes, que sólo quieren evitar la eventual ruina de una indemnización a la que pudiera ser condenado (el asegurado), o el beneficio de la prima (la Compañía).»

²²⁰ Sentencia Commercial Court de 22 de octubre de 2013.

za legal, pero, al dirigirse a exigir el cumplimiento de una obligación contractual, pasa a quedar completamente disponible por el contrato. Esto es lo que identifica como la sustancia del derecho. Que el derecho sea un medio para reclamar el cumplimiento de una obligación del contrato lo pone a la entera disposición de las cláusulas del mismo; lo convierte en contractual. La acción procesal queda completamente a expensas del contrato. Nos encontramos con la paradoja de que el contrato a favor de tercero, como es el de seguro de responsabilidad civil, se convierte en una cárcel de derechos del perjudicado puesto que se le priva del derecho básico y esencial para su protección y defensa como es el de la acción directa.

El razonamiento es singularmente perverso: (i) el contrato que *beneficia* al tercero perjudicado se convierte, (ii) en contrato *a favor de* tercero que (iii) pasa a ser parte del mismo y como (iv) se trata de un contrato de seguro marítimo, en el que rige la libertad de las partes, (v) éstas pueden decidir que el tercero (ya parte del contrato) sólo tiene los derechos que así acuerden, por lo que (vi) pueden establecer que el tercero perjudicado no tiene ningún derecho a reclamar contra el asegurador. El resultado es paradójico: el contrato que *beneficia* al tercero se convierte en contrato en *contra* del tercero. Este sólo tendrá los derechos que las partes hubiesen acordado; pasan a disponer de sus derechos para lo que es imprescindible convertirlo en parte del contrato²²¹.

Ante los tribunales ingleses, para justificar la disposición del derecho a la acción directa por parte del contrato P&I suscrito por el propietario y armador del Prestige, se utilizó el subterfugio expuesto: convertir el perjudicado en parte del contrato y someterlo total y absolutamente a sus disposiciones. En consecuencia, se transforma en un derecho contractual sometido al arbitraje inglés, el Derecho inglés y los Tribunales ingleses. Es una interpretación finalista que el Magistrado Hamble asumió, aun cuando confunde dos tipos de contratos que la dogmática civilista²²² distingue adecuadamente: el contrato que pacta una prestación a favor de un tercero; y el contrato que reconoce a un

²²¹ Como ya he expuesto, no parece lógico, desde el punto de vista jurídico, que un derecho legal como es el derecho del perjudicado, se transmute en derecho completamente disponible por el contrato. Esta transmutación sólo sería posible si el derecho, siendo legal, viniese reconocido en normas dispositivas. Si, al contrario, como sostengo, lo está en normas imperativas (tanto el Código penal como la consideración de norma de orden público de la Ley 50/1980), no sería posible tal transmutación. Si es un derecho legal, sólo la Ley lo puede configurar, como así, en efecto sucede. No sería ni lógico ni razonable que pudiese quedar a la entera disposición de un contrato del que, además, no es parte el titular del derecho. Sería como reconocer a las partes de un contrato el poder para disponer del derecho que la Ley le reconoce a otros. Los contratos no tienen reconocido este alcance. Los contratos sólo pueden tener efectos respecto de las partes que lo celebran.

²²² Vid. LÓPEZ RICHART, 2001.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

tercero un derecho de crédito frente a una de las partes que está obligada a llevar a cabo la prestación correspondiente.

En el primer caso, el tercero es un mero beneficiario. En el segundo, es un sujeto activo de la relación obligacional surgida del contrato por lo que tiene derecho a exigir su cumplimiento. El primero tiene una expectativa; el segundo, un derecho de crédito. Este último es propiamente el contrato a favor de tercero. El contrato de seguro de responsabilidad civil encaja en el primer tipo.

La singularidad de este último contrato es que se trata de un «seguro en beneficio de la víctima del daño»²²³. El contrato garantiza al asegurado frente a la responsabilidad civil en que pueda incurrir²²⁴. El riesgo cubierto es el surgimiento de la responsabilidad civil por parte del asegurado. La finalidad del seguro radica en que «la deuda de responsabilidad se desplace del asegurado al asegurador, de que éste sustituya a aquél en el pago de la misma»²²⁵. El tercero es un beneficiario, pero no un titular de un derecho de crédito contra el asegurador nacido del contrato; es un beneficiario, pero no acreedor de ninguna prestación contractual. En cambio, en los contratos a favor de tercero, éste tiene un verdadero derecho de crédito surgido del contrato, no una mera ventaja económica. El contrato es la fuente de un derecho de crédito a favor del tercero. Este es el rasgo central de la naturaleza jurídica de los contratos a favor de tercero²²⁶.

El contrato de seguro de responsabilidad civil no incluye en su misma naturaleza el reconocimiento del tercero como el titular de un derecho de crédito exigible frente al asegurador por la vía de la acción directa. Si así fuese, esta acción sería un elemento inherente al contrato²²⁷. Es una creación de la Ley

²²³ URÍA, MENÉNDEZ & ALONSO, 2001: 619.

²²⁴ URÍA, MENÉNDEZ & ALONSO, 2001: 619.

²²⁵ CALZADA CONDE, 2005: 21-22.

²²⁶ Vid. LÓPEZ RICHART, 2001.

²²⁷ Como ha sostenido LÓPEZ RICHART (2001: 221-224): «Concebido el seguro de responsabilidad como aquel contrato en virtud del cual el asegurador se obliga, a cambio del pago de una prima, a garantizar la integridad del patrimonio del asegurado a frente a las consecuencias derivadas de las reclamaciones de responsabilidad ejercidas por terceros en el ámbito de la actividad cubierta por la póliza —conducción de vehículos de motor, actividad profesional, daños causados por animales...—, no había razón para considerar que el mismo llevara aparejada vinculación de ningún tipo del perjudicado con el asegurador; en el caso de producirse el siniestro previsto en la póliza sólo el asegurado —normalmente, el tomador del seguro— podía exigir de la Compañía aseguradora el abono de la cantidad que en concepto de indemnización viniera a gravar su patrimonio. La acción directa del perjudicado frente al asegurador no era por tanto un elemento inherente al seguro de responsabilidad, la víctima únicamente podía dirigirse frente a la Compañía aseguradora del causante de dichos daños, siempre que se dieran los presupuestos para su ejercicio, a través de la acción subrogatoria o indirecta consagrada en el artículo 1111 del Código civil. Sin embargo, esta solución estaba repleta de inconvenientes prácticos: en el mejor de los casos, ello significaría forzar al perjudicado a seguir dos procesos sucesivos para obtener el resarcimiento; además, y lo que

en virtud de razones de justicia o equidad, o como señalan, URÍA, MENÉNDEZ & ALONSO, «el seguro tiene una finalidad indemnizatoria y un marcado carácter social, para que esa finalidad no resulte defraudada es necesario que la deuda del asegurado con el tercero quede saldada, y para ello se establece... el pago directo a dicho tercero por parte del asegurador»²²⁸. Es una razón ajena a la naturaleza jurídica del contrato. Una razón que la ley ha apreciado y ha impuesto mediante el reconocimiento del derecho del perjudicado a exigir la responsabilidad directa del asegurador como establece el artículo 117 CP.

es más grave, le hacía soportar los riesgos de la insolvencia del asegurado, pues como es bien sabido las consecuencias del ejercicio de la acción subrogatoria no revierten directamente en el patrimonio de quien la ejercita sino en el del deudor, objeto común de agresión de todos sus acreedores; por último, también podía ocurrir que el asegurado cobrara de la Compañía aseguradora pero empleara lo recibido en otros fines sin que la víctima pudiera ya reclamar de aquélla ni tan siquiera en virtud de la subrogatoria.

Así las cosas, sobre todo a partir del momento en que la protección de la víctima pasó a ocupar un primer plano dentro del Derecho de la responsabilidad civil ante el fenómeno tantas veces recordado de la proliferación de los siniestros y el aumento de la cuantía de las indemnizaciones resarcitorias fruto del desarrollo industrial y tecnológico dirigir su pretensión frente a la Compañía aseguradora, seguramente más solvente que el causante del daño, pero ello chocaba frontalmente con el principio de relatividad de los efectos del contrato. Para salvar este inconveniente se recurrió, entre otros argumentos, a la calificación el seguro de responsabilidad civil como un contrato a favor de tercero, sobre la base de considerar que el asegurado es el estipulante y la Compañía aseguradora el promitente, que se obliga a cambio de una prima periódica a realizar una prestación a favor de un tercero, indeterminado hasta el momento de la producción del siniestro, para el caso de que éste llegue a producirse. Esta forma de entender el seguro de responsabilidad podría verse facilitada por el recurso a la interpretación integradora del contrato, ..., y sobre todo por el hecho de que en la evolución del seguro de responsabilidad éste dejara de estar vinculado a la técnica del reembolso por parte del asegurador de las indemnizaciones ya abonadas por el asegurado para admitir junto con esta posibilidad el anticipo de las cantidades adeudadas e incluso el pago directo del asegurador al tercero. La generalidad de la doctrina se ha mostrado, sin embargo, contraria a esta concepción, alegando que el asegurado concierta el contrato de seguro en su exclusivo beneficio, que el estipulante no ostenta ningún interés en la atribución de un derecho al tercero. Este razonamiento parece partir de un concepto demasiado estrecho de beneficio, desconociendo la posibilidad de que la atribución del derecho al beneficiario persiga la satisfacción de una deuda del estipulante frente al tercero (*estipulación solvendia causa*). Sin embargo, la consideración del seguro de responsabilidad como un contrato a favor de tercero no está tampoco [libre] de inconvenientes prácticos, en particular, porque la facultad de revocación que el artículo 1257 otorga al estipulante dejaría en manos del asegurado la garantía que para el perjudicado representa la acción directa. Para salvar este escollo se diría que el seguro de responsabilidad, dada su finalidad de previsión, es un contrato a favor de tercero *sui generis*, privado de la facultad de revocación. Pero esto denotaba ya la imposibilidad de la categoría del contrato a favor de tercero para dar cuenta de la protección que se quería otorgar al perjudicado, protección que debía quedarstraída de la voluntad de los contratantes.

El recurso a la noción de contrato a favor de tercero resulta en cualquier caso ociosa desde el momento en que el artículo 76 de la Ley 50/1980 ha dispuesto que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar». La acción directa es una consecuencia del contrato, pero está excluida de la libre disposición de las partes, por lo que en ningún caso puede buscarse su fundamento en una voluntad ni tan siquiera presunta de los contratantes. La diferencia práctica más importante entre los contratos a favor de tercero y los supuestos de acción directa reside en que sólo en el primer caso pueden las partes modificar o revocar el derecho del tercero antes de que éste haya aceptado, pues al fin y al cabo son ellos quienes le han dado vida, mientras que la acción directa es una prerrogativa para su titular que viene impuesta por la ley en aquéllos supuestos en los que el principio de relatividad contractual tropieza con un imperativo de equidad.»

²²⁸ URÍA, MENÉNDEZ & ALONSO, 2001: 622.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

El perjudicado es, como se ha dicho, un beneficiario del contrato y, en esta condición, el legislador le reconoce el derecho a reclamar contra el asegurador que tiene atribuida *ope legis* la condición de responsable civil directo²²⁹. No es parte del contrato, ni es el tercero a favor del cual se celebra el contrato. No tiene, por lo tanto, ningún derecho de crédito contra el asegurador nacido del contrato, como sería usual en los contratos a favor de tercero. Al descartarse que se trata de un contrato a favor de tercero, la consecuencia es particularmente relevante a nuestros efectos: el derecho del perjudicado a reclamar la responsabilidad directa del asegurador no está ejerciendo ningún derecho de crédito pactado en el contrato. Es un derecho legal, ajeno al contrato. Esto es lo que vendría a explicar, en última instancia, la expresa y contundente declaración legal en relación con la acción directa en el ámbito de los contratos de seguro de responsabilidad civil marítima, cuando condena a la invalidez cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en la ley en relación a que el tercero perjudicado tiene acción directa contra el asegurador (art. 465).

C. EL PRESUPUESTO SUSTANTIVO DE LA ACCIÓN DIRECTA: EL DERECHO DE CRÉDITO DEL PERJUDICADO SURGIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, NO DEL CONTRATO

El presupuesto del derecho a la acción es la titularidad de un derecho subjetivo. Es el que se pretende su protección o amparo judicial mediante el ejercicio de la acción correspondiente. Sin tal derecho, la acción no podría ejercitarse; no habría pretensión que sostener. Esta consiste, precisamente, en la satisfacción del derecho subjetivo frente a la otra parte que soporta la correlativa obligación. En el caso que nos ocupa, el perjudicado tiene un derecho, a la reparación de los daños que ha sufrido como consecuencia de la intervención del asegurado, en este caso, el propietario y el armador del buque.

El artículo 76 Ley 50/1980, al regular la acción directa, dispone que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...» A su vez, el artículo 465 de la Ley 14/2014, dispone, como ya nos consta, que «la obligación del asegurador de indemnizar ... existe desde que surge la responsabilidad de

²²⁹ LÓPEZ RICHART (2001: 222): «La acción directa del perjudicado frente al asegurador no era un elemento inherente al seguro de responsabilidad, la víctima únicamente podía dirigirse frente a la Compañía aseguradora del causante de dichos daños, siempre que se dieran los presupuestos para su ejercicio, a través de la acción subrogatoria o indirecta consagrada en el artículo 1.111 del Código civil.»

su asegurado ante el tercero perjudicado. Este último tendrá acción directa contra el asegurador para *exigirle el cumplimiento de su obligación.*»

Se ha interpretado que el objeto de la acción directa es exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar pactada en el contrato. En consecuencia, se estaría admitiendo que el perjudicado tiene un derecho de crédito surgido del contrato, que reclama su satisfacción mediante la acción directa. Por esta vía, se pretende revivir la interpretación de que estamos ante un contrato a favor de tercero. Sin embargo, esto supone, como ha sido expuesto, que nace un derecho de crédito a favor de un sujeto determinado, el tercero. En cambio, como ha quedado dicho, el contrato de seguro de responsabilidad civil no crea ningún derecho de crédito ni a favor de un sujeto determinado. Su objeto es el riesgo del surgimiento de la responsabilidad civil del asegurado. Una posibilidad que podrá o no confirmarse, a favor de un sujeto que no está determinado, puesto que no es posible saber a priori, en el momento en que el contrato se celebró, quién podría ser el perjudicado o dañado, la persona que podrá exigir la reparación.

Sin perjuicio de lo que se desarrollará más adelante, se puede avanzar que el perjudicado exige al asegurador, mediante la acción directa, el cumplimiento de la obligación de reparación asociada a la responsabilidad civil directa del asegurado²³⁰. La obligación de indemnizar es la expresión de la obligación de reparación que el Código Civil coliga a la responsabilidad civil²³¹. Una vez producido el evento dañoso previsto en el contrato de seguro, surge la responsabilidad civil del asegurado y, por substitución, del asegurador, así como, en consecuencia, la obligación de reparación. El perjudicado se dirige al asegurador, en su condición de responsable civil directo, para que cumpla la obligación de reparar, lo que hará en los términos del contrato de seguro, cuyo contenido exacto no tiene por qué conocer. En caso de incumplimiento de la obligación que el artículo 76 Ley 50/1980 impone al asegurado respecto de la

²³⁰ CALZADA CONDE (2005: 18) define el contrato de seguro de responsabilidad civil en los siguientes términos: «el seguro por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, al pago a los terceros de las indemnizaciones a que venga obligado el asegurado como civilmente responsable de los daños ocasionados a aquellos, relativos a la específica responsabilidad prevista en el contrato y, con carácter general, derivados de un hecho ocurrido durante la vigencia del mismo, así como a asumir la dirección jurídica de la defensa frente a la reclamación de los terceros, los gastos que ello ocasione y el depósito de las correspondientes fianzas. En suma, en virtud de este seguro el asegurador asume las consecuencias económicas que para el asegurado se deriven de las reclamaciones de responsabilidad civil realizadas por terceros.»

²³¹ CALZADA CONDE (2005: 18) afirma a este respecto: «el crédito del asegurado contra el asegurador no consiste, por ello, como, sin embargo, ocurre con carácter general en los seguros contra daños, en el derecho a exigir una indemnización, una suma de dinero, sino en el derecho a exigir, en su caso, que el asegurador se haga cargo de la deuda de responsabilidad civil extinguéndola, normalmente por medio de su pago a los terceros o bien que asuma la defensa frente al tercero y los gastos correspondientes.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

comunicación de la existencia del contrato de seguro y su contenido, no queda imposibilitado ni el ejercicio de la acción ni los términos de su exigencia. Esto obedece a que es independiente de esta comunicación. No es un requisito porque lo que el perjudicado reclama no es otra cosa que la responsabilidad civil del asegurador.

La víctima tiene, por tanto, un derecho de crédito, pero no surgido del contrato de seguro cuanto de la responsabilidad civil del asegurado y, *ope legis*, del asegurador. Aquí radica la diferencia esencial con el contrato a favor de tercero. También es el rasgo que impide que se pueda hablar de substitución del asegurado por la víctima. Es absurdo e incoherente jurídicamente. Toda víctima tiene un derecho de crédito surgido de la responsabilidad civil. Es la vertiente activa de la obligación de reparar a la que se refiere el artículo 1902 CC. Que ese derecho de crédito se pueda dirigir contra el asegurador es el resultado de una determinación legal. Es la Ley la que así lo ha querido²³².

Hay un problema lógico, difícil de desentrañar, que ha suscitado la confusión de la doctrina: diferenciar el derecho de crédito de la víctima, del derecho a la acción directa del tercero. Se tienden a mezclar, generando un importante desconcierto. Aquél surge de la responsabilidad civil, éste de la Ley. Es más, aquel derecho puede existir y existe en ordenamientos jurídicos relevantes, sin este otro derecho. Son dos derechos distintos que, en nuestro ordenamiento, se unen, aunque durante mucho tiempo (con anterioridad a la Ley 50/1980), no lo estaban, porque el derecho a la acción directa no se había reconocido. No se puede, en definitiva, confundir el presupuesto de la acción con la acción misma. Aquél viene constituido por el derecho a la reparación del que disfrutan, *ope legis*, los dañados en relación con los dañadores, mientras que el derecho a la acción es el instrumento, el medio, a través del cual los perjudicados pueden hacer valer su derecho ante los tribunales para que atiendan su pretensión de protección que, en virtud del contrato de seguro recae sobre el asegurador. La acción directa es el medio (procesal) del que se vale el perjudicado, por obra de la Ley, para obtener la reparación de todos los daños

²³² PASQUAU (1989: 53) ha afirmado que las peculiaridades de la acción directa, incluso respecto del esquema común a este tipo de acciones, son: «a) Adquiere mayor relevancia el crédito de A (perjudicado) contra C (asegurador), pasando B (asegurado, responsable directo) a un segundo plano. [Y] b) No hay una equivalencia en cuanto a las deudas C – B y C – A, precisamente por la «inmunidad» de la acción de A respecto de las excepciones oponibles por C contra B.» Y añade: «Por más que ello se vea en cierto modo corregido por el derecho de repetición (en caso de dolo del asegurado), lo cierto es que tiene razón Cozian al decir que desde el momento en que la víctima dispone, contra el asegurador, de un «derecho autónomo, independiente del asegurado, se sobrepasa el cuadro de la acción directa «stricto sensu», en tanto que ya no hay aprehensión de un crédito del deudor».»

de la responsabilidad (civil) del asegurado, mediante la reclamación ante los jueces competentes de la tutela del derecho a la compensación.

D. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DEL DERECHO DE ACCIÓN DIRECTA

El derecho a la acción directa contra el asegurador tiene, a su vez, su contenido. Este no es otro que la pretensión; lo que el perjudicado puede pretender en relación con el derecho a la reparación del que disfruta, fruto de la responsabilidad civil que recae sobre el dañador y, por obra del contrato, en el asegurador, para dispensar la más completa protección a la víctima, como así ha evolucionado la institución del contrato²³³. Las condiciones²³⁴ para su ejercicio son: (i) la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil que une al asegurador con el asegurado, que opera exclusivamente como presupuesto del derecho, no, así como su fundamento²³⁵. (ii) La producción del evento dañoso, incluido dentro del ámbito de los riesgos cubiertos por el contrato. Y (iii) la responsabilidad civil del asegurado como consecuencia de la producción del evento dañoso. A su vez, su contenido se refiere a que el perjudicado puede reclamar o accionar en vía judicial (derecho procesal) para obtener (pretensión) la reparación de los daños de los que el asegurado es el responsable civil por parte del asegurador que está obligado, correlativamente, a llevar a cabo dicha reparación a través, usualmente, de la indemnización en tanto que «responsable

²³³ ALONSO (2000: 201) se ha interrogado sobre cómo ha afectado a la «mecánica del seguro» su evolución presidida por la idea de la «socialización del riesgo» para dispensar a la víctima la «máxima protección jurídica»: «en primer lugar, la sustitución del sistema de indemnización por reembolso en el que el asegurador repara el pago realizado con anterioridad por el asegurado al tercero por un sistema que previene y evita que el daño causado a un tercero pueda afectar al patrimonio del asegurado. En segundo lugar, la consagración de la acción directa de la víctima contra el asegurador, esto es, la atribución al tercero perjudicado de un derecho propio frente al asegurador que le permite reclamar la indemnización directamente. Y, finalmente, la concesión al tercero perjudicado de un derecho más amplio que el del propio asegurado sobre la indemnización puesto que, de un lado, opera no sólo cuando el asegurador está obligado en virtud del contrato de seguro sino también cuando no lo está por tratarse, por ejemplo, de un riesgo excluido; y, de otro, es immune a las excepciones que pudiera poner el asegurador al asegurado, siempre claro está que esté en vigor el contrato de seguro, como por ejemplo, en el caso anteriormente citado de provocación dolosa del siniestro por el asegurado. No hay que olvidar, sin embargo, que, como contrapartida de esta ampliación de la garantía, se establece también un derecho de repetición del asegurador contra el causante del daño.»

²³⁴ PASQUAU (1989: 48) habla de los «hechos constitutivos», entendidos como «presupuestos» del derecho. Estos son: (i) «el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar al tercero», con ocasión de la producción del daño; y (ii) la existencia de un contrato de seguro que cubra precisamente tal responsabilidad».

²³⁵ Esto es lo que viene sosteniendo el Tribunal Supremo de manera reiterada, así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991 que expresamente habla del contrato como presupuesto de la acción.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

civil directo». No pueden confundirse los presupuestos con el contenido; los elementos, incluso, jurídicos que son el requisito para que el derecho pueda, incluso, existir, con la pretensión que constituye el objeto del derecho²³⁶.

1. Pretensión

La pretensión es la de la reparación; la completa reparación por parte del asegurador, al que el perjudicado se dirige directamente. A esto se refiere expresamente la Ley cuando regula la acción directa. El artículo 76 de la Ley 50/1980 dispone que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar». A su vez, el artículo 465 Ley 14/2014, de Navegación Marítima, nos señala que el perjudicado «tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación de indemnizar». La pretensión es la de la satisfacción por el asegurador de la obligación de indemnizar. Y frente a tal pretensión, el asegurador puede elevar ciertas excepciones. Pero sólo aquellas establecidas en la Ley, no en el contrato.

No se puede desconocer que el origen del derecho del perjudicado a la acción directa surge de la preocupación del Tribunal Supremo por ofrecer una protección adecuada al perjudicado, o sea, responde a un objetivo de justicia, lo que le condujo a reconocerlo cuando la ley no lo hacía. La ley, posteriormente, lo reconoció con carácter general a los perjudicados, respecto de cualquier tipo de contrato de seguro de responsabilidad civil. Y lo ha hecho desvinculándolo de los derechos del asegurado y, en particular, de sus excepciones que pueden liberar al asegurador, pero no pueden liberarlo respecto del perjudicado.

2. Excepciones

La ley es la que establece lo que denomina como «excepciones», o sea, las causas legales que permiten al asegurador liberarse de la pretensión del perjudicado. Son las denominadas «excepciones personales» relativas a la per-

²³⁶ El derecho a la acción directa, como todos los derechos subjetivos, tienen unos presupuestos, pero que se diferencian de su contenido. La mayoría de edad es un presupuesto para el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo, pero no constituye su contenido. Lo mismo sucede en el caso del derecho a la acción directa. Que el contrato de seguro sea un presupuesto no lo convierte en el contenido del derecho; aún menos, lo convierte en derecho contractual. Una consecuencia jurídica se deduce de lo expuesto: si el contrato es un presupuesto, y no el contenido del derecho, la posición jurídica del asegurado y la del tercero perjudicado, titular del derecho a la acción directa, no se pueden confundir. Esto significa que el perjudicado no se subroga en la posición del asegurado.

sona del perjudicado. Igualmente, es la ley la que excluye que otras causas legales puedan ser utilizadas como «excepciones» tales como (i) la conducta dolosa del asegurado en la producción del daño y (ii) cualquier otra «excepción que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». Es la jurisprudencia la que ha llevado a cabo una delimitación más precisa del alcance de las excepciones y sus diferencias respecto de otras «defensas» en manos del asegurador²³⁷.

²³⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a, de 16 oct. 2012, rec. 115/2011 (asunto: apelación en relación a sentencia que aprecia la responsabilidad civil) ha llevado a cabo una interesante sistematización de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción directa y las excepciones en los siguientes términos:

«I. El *seguro de responsabilidad civil*, que aparece regulado en la Ley de Contrato de Seguro, dentro de la modalidad de seguro contra daños, en los artículos 73 a 76, puede ser definido como el seguro por el que el asegurador se obliga a cubrir el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil. Y, esta responsabilidad civil, puede provenir de una conducta del asegurado (o de las personas de las que es civilmente responsable) no culposa, culposa o dolosa (civil o penal).

En el seguro de responsabilidad civil, dejando aparte al tomador del seguro, junto a los elementos subjetivos de asegurador y asegurado, aparece la figura del *tercer perjudicado* titular de la *acción de responsabilidad civil* cuyo riesgo de nacimiento aparece cubierto por el seguro. En la estructura originaria del contrato de seguro de responsabilidad civil, el tercer perjudicado carecía de acción contra el asegurador, por lo que solo le cabía ejercitar la acción de responsabilidad civil contra el asegurado causante del daño, y, de prosperar, naciendo una deuda que gravaba el patrimonio del asegurado, a consecuencia de un siniestro cuyo riesgo de producción estuviera cubierto por el contrato de seguro, era el asegurado el que tenía acción contra el asegurador, para que le abonara el importe de la indemnización a satisfacer al tercer perjudicado. Así sucedió desde finales del siglo diecinueve, en que comenzó a practicarse entre nosotros el seguro de responsabilidad civil, a pesar de no disponer de una regulación específica en el Código de Comercio de 1885 (dejando aparte el seguro marítimo en donde encuentra sus precedentes, en particular con ocasión de la responsabilidad por abordaje; en el campo del seguro terrestre encontró posibilidades de expansión a través de la cláusula general contenida en el artículo 438 del Código de Comercio), el cual, desde luego, no permitía expresamente la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador. Pero, a pesar de este vacío legal, *la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador para que éste la indemnizara del daño ocasionado, dentro de la cobertura del contrato de seguro, fue reconocida por una constante doctrina jurisprudencial (que arranca de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930, R. J. Ar. 1032; y se consolida en las sentencias de esa misma Sala de 18 de febrero de 1967, R. J. Ar. 787, y 14 de octubre de 1969, R. J. Ar. 4706)*. E incluso se llegó a admitir el ejercicio de esta acción, por el perjudicado contra el asegurador, en el proceso penal, en el que se enjuicia un hecho que revista los caracteres de infracción criminal del que sea autor el asegurado y del que se derive una responsabilidad civil cubierta por el contrato de seguro (así sucedió a partir de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1975, R. J. Ar. 1954, corroborada por las sentencias de esta misma Sala de 16 de marzo de 1977, R. J. Ar. 1093; 21 de mayo de 1977, R. J. Ar. 2398; 14 de junio de 1977, R. J. Ar. 2748; 22 de noviembre de 1977, R. J. Ar. 4268; 19 de mayo de 1980, R. J. Ar. 2052). A nivel legislativo la llamada acción directa del perjudicado contra el asegurador se proclamó en algunos supuestos de seguro obligatorio de responsabilidad (así, en la Ley del Automóvil de 24 de diciembre de 1962, el Decreto 2.177/1967 de 22 de julio dictado en aplicación de la Ley de Energía Nuclear de 29 de abril de 1964 y en el Reglamento de la Ley de Caza aprobado por Decreto 506/1971 de 25 de marzo), hasta consagrarse, con carácter general, en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro (B. O. E. número 250, de 17 de octubre de 1980; “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”). Conviene destacar que, esta acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador, se puede ejercitar tanto ante la jurisdicción civil

como ante la jurisdicción penal (si el siniestro, cubierto por el seguro, reviste los caracteres de infracción criminal, siendo autor responsable criminalmente el asegurado).

II. En principio, para la prosperabilidad de la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador, es imprescindible que, de haberse ejercitado por el asegurado contra su asegurador, también hubiera prosperado. Pero esta regla general encuentra dos patentes excepciones en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, en las que, *a pesar de no estar obligado el asegurador a indemnizar a su asegurado por el siniestro acaecido, sin embargo, si está obligado a indemnizar al tercer perjudicado, cuando por este se ejerce la acción directa*. Claro que, en estos dos casos, se concede al asegurador *una acción de repetición contra el asegurado*, para recuperar el importe de la suma de dinero con la que ha indemnizado al tercer perjudicado.

La primera de estas dos excepciones es cuando el daño causado al tercer perjudicado sea debido a *conducta dolosa del asegurado*. Y, a ella, se refiere el artículo 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro al decir: "... sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero". Lo que debe ponerse en relación con el artículo 19 del mismo texto legal en el que se dice que: "El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado" (principio general de la inasegurabilidad del dolo del asegurado).

La segunda de estas dos excepciones es cuando el asegurador está obligado a pagar la indemnización al tercer perjudicado porque *se le impide oponer frente a éste, que ejercita la acción directa, alguna excepción, que, por el contrario, si hubiera podido oponer frente a su asegurado*. Y, a ella, se refiere el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en los siguientes términos: "La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado". Redacción que no puede ser calificada más que de desafortunada, por el empleo de un concepto jurídico ciertamente confuso, como es el de "excepción". En cualquier caso, no puede darse a la palabra "excepción" un sentido amplio y manifiestamente impropios equiparándola con toda clase de defensa que pueda alegar el deudor demandado. Y, al respecto, es preciso distinguir entre "defensas" y "excepciones" en sentido estricto, de manera que las "defensas" son las formas de oposición que guardan una inmediata relación con la limitación del fundamento de la demanda a la causa eficiente de la acción, mientras que las "excepciones" en sentido estricto, se refieren al derecho a eludir la prestación "debida".

1.º Pues bien, frente al tercer perjudicado que ejercita la acción directa, puede, el asegurador, oponer todas las "defensas" que tenga por conveniente, y, en concreto, las referidas a la falta de los hechos constitutivos del derecho del tercer perjudicado (las cuales deben operar aún cuando no hayan sido alegadas por el asegurador, si el Juez estima que no han sido probados esos hechos constitutivos del derecho del demandante, pues la acción que se ejerce no habría nacido, sería inexistente). *Estas "defensas" o excepciones en sentido amplio* son las siguientes:

- a) Inexistencia de un *contrato* de seguro de responsabilidad civil entre asegurador y asegurado o la extinción de esa relación jurídica contractual.
- b) Ausencia del derecho del perjudicado al resarcimiento, por ausencia de alguno de los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad civil del asegurado frente al tercer perjudicado.
- c) El *derecho del tercero está fuera de la cobertura del seguro*: los límites objetivos de la cobertura del seguro determinan el contenido sustancial de la obligación del asegurador, de tal manera que el derecho del tercer perjudicado habrá nacido frente al asegurado, pero éste está cubierto exclusivamente por el asegurador contra el nacimiento de la obligación de indemnizar por hechos previstos en el contrato de cuya consecuencia sea civilmente responsable. Así se desprende de la formación del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que parte precisamente de un precepto que decía que el perjudicado tendrá "acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, dentro de los límites fijados por las normas de aplicación, en caso de seguro obligatorio, o, por el contrato, en caso de seguro voluntario" (art. 108 del Anteproyecto de 1969), párrafo que se suprimió en el siguiente Anteproyecto (art. 76 del Anteproyecto de 1970) porque su contenido se consideró manifiesto, por lo que resultaba inútil su exposición. E igualmente se desprende de la necesidad de poner en relación la primera frase del artículo 76, que concede al perjudicado o a sus herederos la acción para exigir del asegurador el cumplimiento de su obligación de indemnizar, con el artículo 1, que reduce la obligación de indemnizar por parte del asegurador a los "límites pactados", y con el artículo 73, que igualmente tiene esa obligación, por parte del

El asegurador queda liberado de sus obligaciones respecto del asegurado en los siguientes casos: (i) conducta dolosa del asegurado en la producción del daño al tercero perjudicado (art. 76 Ley 50/1980); (ii) incumplimiento del de-

asegurador, de indemnizar a los “límites establecidos en la Ley y en el contrato”, preceptos todos ellos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; Y así lo viene entendiendo la jurisprudencia (sentencias de la Sala Primera o de lo Civil del Tribunal Supremo número 1051/2005, de 20 de diciembre de 2005, R. J. Ar. 2006/1265, F. D. segundo; 1042/2005, de 20 de diciembre de 2005, R. J. Ar. 2005/7843; 967/2005, de 14 de diciembre de 2005, R. J. Ar. 2006/63, F. D. segundo; 1166/2004, de 25 de noviembre de 2004, R. J. Ar. 7558, F. D. segundo; 65/1994 de 9 de febrero de 1994 , R. J. Ar. 840, F. D. tercero, párrafo tercero; 31 de diciembre de 1992, R. J. Ar. 10663, F. D. primero, párrafo cuarto; 13 de mayo de 1992, R. J. Ar. 3921; 29 de noviembre de 1991, R. J. Ar. 8576; 4 de mayo de 1989, R. J. Ar. 3587). Y viiniendo, la cobertura del seguro, definida contractualmente por las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y por las cláusulas limitativas del derecho del asegurado a cobrar la indemnización de producirse el siniestro, tanto unas (las delimitadoras del riesgo) como las otras (las limitativas del derecho del asegurado) pueden ser opuestas, por el asegurador, frente al tercer perjudicado que ejercita la acción directa.

2.^º *Descendiendo a las “excepciones” en sentido estricto*, nos encontramos con algunas que pueden ser opuestas por el asegurador al tercer perjudicado que ejercita la acción directa y que son las siguientes:

a) Las basadas en la relación entre el tercer perjudicado y el asegurado: a las que se refiere el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, al decir que: “El asegurador puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado”.

b) Las fundadas en las relaciones entre el asegurador y el tercer perjudicado: a las que igualmente se refiere el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, al decir que: “El asegurador puede oponer las excepciones personales que tenga contra éste —el perjudicado—.” Y así podrá oponer la excepción de pago, prescripción, compensación o remisión de la deuda.

3.^º Por último, aparecen las *excepciones en sentido estricto que si son inoponibles por el asegurador al tercer perjudicado* que ejercita la acción directa y que no son más que aquellas que se refieren a hechos, más en concreto omisiones, del asegurado a los que se anuda, en la ley, la liberación de la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado al producirse el siniestro o una rebaja en la cuantía indemnizatoria. Se trata de excepciones basadas en la conducta del asegurado, ya que la valoración subjetiva de la conducta del asegurado es irrelevante a los efectos de la acción directa del perjudicado contra el asegurador. Solo estas excepciones son inoponibles por el asegurador al tercer perjudicado. Y, aun sin hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, pueden reseñarse las siguientes:

a) Incumplimiento del deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, tanto antes de la conclusión del contrato (art. 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro) como durante la vigencia de la relación jurídica (arts. 11 y 12 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro).

b) Suspensión de la cobertura del seguro por el impago de la prima (art. 15 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)

c) Incumplimiento del deber de comunicar el siniestro al asegurador (art. 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)

d) Incumplimiento del deber de salvamento (art. 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)

e) Falta de comunicación de la existencia de varios seguros (art. 32 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro).

4.^º Únicamente estas últimas excepciones en sentido estricto referidas a la conducta del asegurado son inoponibles por el asegurador al tercer perjudicado que ejercita la acción directa, quedando, con ellas, agotada la referencia del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro a que “la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”, que no puede extenderse al resto de las excepciones en sentido estricto y a las defensas, entre las que se encuentra que el derecho del tercer perjudicado esté fuera de la cobertura del seguro en base a una cláusula delimitadora del riesgo asegurado o en base a una cláusula limitativa del derecho del asegurado. Y, solo en las excepciones en sentido estricto que son inoponibles, tiene el asegurador el derecho de repetición contra su asegurado, del que carece en el resto de las excepciones en sentido estricto y de las defensas.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

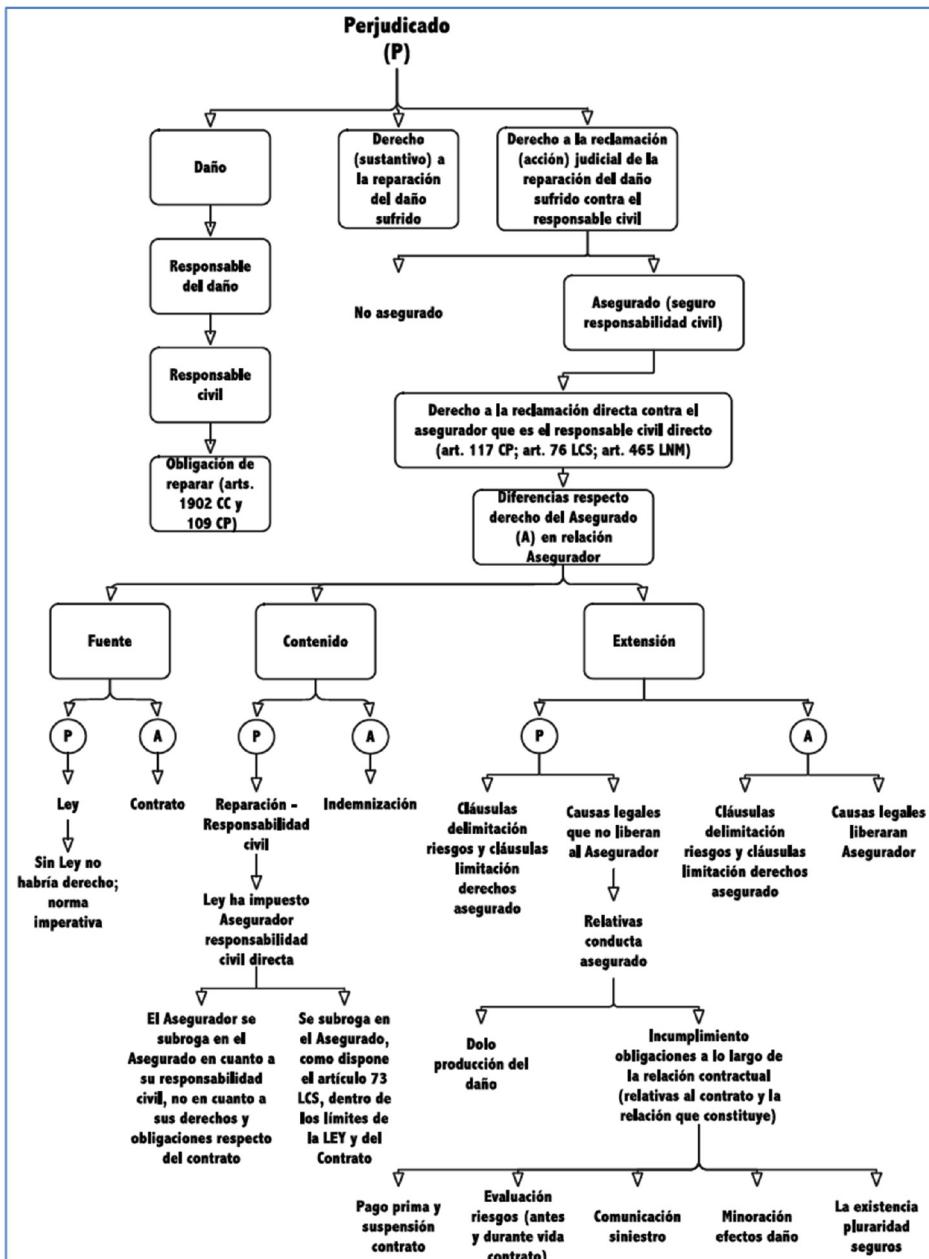
ber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, tanto antes de la conclusión del contrato (art. 10 Ley 50/1980) como durante la vigencia de la relación jurídica (arts. 11 y 12 Ley 50/1980); (iii) suspensión de la cobertura del seguro por el impago de la prima (art. 15 Ley 50/1980); (iv) incumplimiento del deber de comunicar el siniestro al asegurador (art. 16 Ley 50/1980); (v) incumplimiento del deber de salvamento (art. 17 Ley 50/1980); y (vi) falta de comunicación de la existencia de varios seguros (art. 32 Ley 50/1980). Estos son supuestos de incumplimiento por el asegurado de los deberes que la Ley le impone²³⁸. Estos incumplimientos liberan de las correlativas obligaciones del asegurador, pero no las de éste, respecto del perjudicado²³⁹.

El asegurador responde ante el perjudicado, pero luego podrá dirigirse contra el asegurado puesto que no está obligado a cubrir su responsabilidad. En cambio, sólo podrá liberarse de sus obligaciones respecto del perjudicado cuando (i) la culpa es exclusiva del perjudicado (relación entre el tercer perjudicado y el asegurado) (art. 76 Ley 50/1980), así como (ii) concurren las excepciones personales contra el perjudicado como la de pago, prescripción, compensación o remisión de la deuda (art. 76 Ley 50/1980).

²³⁸ CALZADA CONDE (2005:107 y ss).

²³⁹ PASQUAU LIAÑO (1989: 49) sostiene, sobre la base de los «hechos constitutivos» del derecho del perjudicado, que las únicas excepciones que serán oponibles al perjudicados son: «a) La ausencia del derecho del perjudicado al resarcimiento, por no haber concurrido los presupuestos de la responsabilidad civil. El precepto se refiere únicamente, en este sentido, a la «culpa exclusiva del perjudicado», pero no se entiende por qué no iban a equipararse a tal circunstancia otras que tuvieran la misma significación, según el ámbito concreto de responsabilidad de que se trate. b) La inexistencia o la nulidad del contrato de seguro. c) Que el daño sufrido no se incluya en el ámbito de cobertura del contrato.» Y añade una frase que me parece relevante: «Todos los demás «hechos impeditivos» que pudieran esgrimirse por causas preestablecidas en las condiciones del contrato de seguro, no podrán impedir la eficacia de la acción directa.»

Ilustración 8. Diferencias entre los derechos del perjudicado y los del asegurado



■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

La ley es la que reconoce el derecho a la acción, y es la que enumera las causas por las que el asegurador puede liberarse frente a la reclamación del tercero perjudicado, así como otras situaciones en las que no puede liberarse como lo podría haber hecho de haberse tratado del asegurado²⁴⁰.

3. Finalidad: reparación íntegra. Delimitación y limitación contractual

La finalidad o el objetivo perseguido por el perjudicado con la reclamación dirigida contra el asegurador viene establecida en la Ley. El tenor literal del artículo 76 Ley 50/1980 habla expresamente del derecho del «perjudicado o sus herederos [a ejercer la] acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar». En términos similares, el artículo 465 Ley 14/2014: el perjudicado «tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación» de indemnizar. La interpretación literal convierte el derecho del perjudicado en un derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Sin embargo, esta obligación no es la del contrato de seguro. Es una obligación legal a indemnizar.

El derecho del tercero perjudicado es un derecho legal y de configuración legal. Es la ley la que define el titular y el contenido del derecho. Y en relación con este contenido, el citado artículo 76 Ley 50/1980 dispone que (i) es un derecho a exigir una obligación de indemnizar, pero (ii) en los casos y supuestos que la misma ley ha establecido. Por esta razón, (iii) la obligación del asegurador no está circunscrita a la obligación contractual porque la delimitación de esta obligación sólo puede llevarse a cabo en el marco de la ley. El mismo precepto del artículo 76 Ley 50/1980 enumera, como ya nos consta, los supuestos en los que, a pesar del clausulado del contrato, el asegurador está obligado frente al tercero perjudicado²⁴¹. Por consiguiente, (iv) el perjudicado

²⁴⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reiterativa y contundente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 76 Ley 50/1980, de excluir la posibilidad liberadora de la conducta dolosa del asegurado, incluso en el supuesto de que el contrato de seguro contemplase una cláusula con este contenido. El derecho del perjudicado no queda a la disposición de la voluntad de las partes cuando se trata de impedir la protección de aquél frente a los daños imputables al asegurado, incluso, dolosamente. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 12 jun. 2009 (rec. 177/2008) en la que se resume la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.

²⁴¹ Ya he expuesto las causas legales que el asegurador *no puede oponer frente al perjudicado* y que son: la conducta dolosa del asegurado en la producción del daño al tercero perjudicado (art. 76 Ley 50/1980); el incumplimiento del deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, tanto antes de la conclusión del contrato (art. 10 Ley 50/1980) como durante la vigencia de la relación jurídica (arts. 11 y 12 Ley 50/1980); la suspensión de la cobertura del seguro por el impago de la prima (art. 15 Ley 50/1980); el incumplimiento del deber de comunicar el siniestro al asegurador (art. 16

cuando ejerce la acción directa lo hace para exigir la obligación de indemnizar regulada e impuesta por la ley, en los términos que la misma contempla y, en particular, su extensión. No pretende obligar el cumplimiento de ninguna obligación contractual sino la obligación a la indemnización que la misma ley ha establecido y regulado mediante la enumeración de causas legales de exclusión o no de la responsabilidad civil directa del asegurador respecto del perjudicado.

Si el derecho a la acción directa es un derecho legal y de configuración legal, también lo es su correlativa obligación que también es legal y de configuración legal. Es legal por cuanto los artículos 1902 CC y 109 CP la imponen. Y por obra del contrato de seguro de responsabilidad el asegurador se subroga en el asegurado en orden a cumplir dicha obligación. Sin embargo, el alcance de las obligaciones del asegurador a indemnizar viene delimitado por la ley ya que sólo podrá librarse de cumplir con aquella obligación por obra de la voluntad de la ley, no de la autonomía de la voluntad. El contrato podrá delimitar el riesgo cubierto y fijar derechos y obligaciones de las partes, pero, en relación con el tercero perjudicado, es la ley la que establece el marco imperativo de la autonomía de la voluntad. Así, como tantas veces he insistido, el contrato no podrá liberar al asegurador en ciertos supuestos en los que sí es posible la liberación de sus obligaciones en relación con el asegurado. Es el caso de la conducta dolosa de éste.

Estas ideas se ven confirmadas a la luz de lo dispuesto en el artículo 117 CP, lo que reviste un singular interés puesto que fueron las Administraciones públicas las que ejercitaron la acción directa en el marco del proceso penal por el hundimiento del Prestige. Este en su propia literalidad quiere decir que (i) los aseguradores que hubieran asumido el riesgo del surgimiento de la responsabilidad civil del asegurado por cualquier hecho previsto en el Código penal; (ii) serán los responsables civiles directos una vez se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, o sea, el hecho previsto en el Código penal que forme parte del ámbito objetivo del riesgo cubierto por el seguro; (iii) hasta el límite, en cuanto a la obligación de indemnizar, legalmente establecido o convencionalmente pactado; y (iv) el asegurador tendrá el derecho de repetición contra quien corresponda.

También se debe tener en cuenta lo que afirma la jurisprudencia. El siniestro hace nacer el derecho al crédito y la correlativa obligación de satisfacción de la deuda. El asegurador puede oponer, para evitar el surgimiento del

Ley 50/1980); el incumplimiento del deber de salvamento (art. 17 Ley 50/1980); y la falta de comunicación de la existencia de varios seguros (art. 32 Ley 50/1980).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

derecho a la indemnización, excepciones objetivas, no personales, que son todas aquellas relativas a causas o circunstancias contempladas en el contrato de seguro. Son las excepciones relativas al riesgo delimitado por el contrato.

El contrato de seguro ha de delimitar el riesgo cubierto por el mismo. Este riesgo fija tanto el alcance de la obligación del asegurador como el derecho del perjudicado. Son las cláusulas delimitadoras del riesgo, distintas de las limitadoras de los derechos de los asegurados. Aun cuando el contrato de seguro marítimo no está sometido a la legislación del contrato de responsabilidad civil, sigue siendo un contrato de seguro de responsabilidad civil del náuiero, especial, pero seguro de esta naturaleza, como lo definiera el Tribunal Supremo (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 3 jul. 2003, rec. 3491/1997). En relación con el tercero perjudicado, la libertad contractual sobre la que se organiza el régimen jurídico del seguro marítimo tiene como límite todas las normas de orden público dirigidas a la protección o tutela del perjudicado. Sobre estas normas no cabe la libertad de las partes. Estas no la tienen para disponer, a su vez, de los derechos de los perjudicados. Sería irrazonable que se pudiera reconocer esta suerte de poder al asegurador y al asegurado que les permitiese afectar, además, tan gravemente a los derechos de otros. Un poder injustificado.

En la lógica de la consideración del contrato de responsabilidad civil como una institución de tutela o protección de los perjudicados, como lo ha calificado el Tribunal Supremo, éste ha diferenciado entre cláusulas limitadoras de los derechos de asegurados y terceros, y cláusulas delimitadoras de los riesgos asumidos por el asegurador. Las cláusulas están sujetas a regímenes jurídicos distintos, bajo el principio de ofrecer la mayor tutela al asegurado (el principio pro-asegurado). Aquellas primeras deben rodearse de las cautelas y garantías adecuadas para que se tenga la certeza de que el asegurado ha tenido conocimiento de las mismas y las ha aceptado expresamente. En cambio, las segundas son las que establecen el perímetro de la obligación del asegurador al fijar los eventos dañosos que la hacen surgir; son, como las describe el Tribunal Supremo, las «que definen el riesgo y determinan el alcance económico, en cuanto delimitan el objeto y el ámbito del seguro, y son esenciales para que pueda nacer la obligación de la aseguradora. Concretan, pues, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla» (Tribunal Supremo, Sala Primera, de

lo Civil, Sentencia de 19 jun. 2007, rec. 2611/2000, con cita de la Sentencia de 11 de septiembre de 2006)²⁴².

²⁴² Estas afirmaciones se ven confirmadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

– Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 19 jun. 2007, rec. 2611/2000:

«Con reiteración ha declarado esta Sala que corresponde al juzgador de instancia como función propia la de interpretar los contratos, y esta interpretación sólo es revisable en casación cuando se muestra contraria a la ley o a la lógica (SSTS 17 de noviembre y 22 de diciembre de 2006; 5 de marzo de 2007). Pues bien, la interpretación de la instancia se sitúa al margen de los criterios invocados y ello por cuanto las cláusulas de la póliza no pueden ser interpretadas más que en el sentido en que se formalizó el seguro, que no es otra que la literalmente expresa, de la que resulta que los daños cuya indemnización se reclama no estaban cubiertos, por tratarse de daños causados en los propios bienes sobre los que se estaban llevando a cabo los trabajos contratados y de perjuicios derivados de tales daños, dado que la cobertura está expresada con la suficiente claridad, y no parece que la interpretación de dicho clausulado merezca ninguna complicación que se aleje de literalidad.

Dispone el artículo 73 LCS, que el asegurador queda obligado, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho. La cobertura en este tipo de seguro puede ser tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual (SSTS 10 de julio de 1997; 12 de diciembre 2006, entre otras) para cuya efectividad, el artículo 76 LCS permite al perjudicado ejercitar frente a la aseguradora la acción directa siempre que el daño sufrido esté comprendido en el ámbito de cobertura del contrato de seguro. De esa forma, al definir el riesgo las partes contratantes pueden incluir y excluir de la cobertura los daños que sean conveniente a sus intereses, delimitando el contenido y alcance de la obligación del asegurador, en función de lo cual se establece la prima satisfecha y calculada, más sin que ello suponga limitar el riesgo, sino delimitarlo para dar cobertura a la responsabilidad extracontractual y, dentro de ella, excluir determinados daños y perjuicios, como en este caso.

La Sentencia de 11 de septiembre de 2006, declara que son cláusulas delimitadoras las que definen el riesgo y determinan el alcance económico, en cuanto delimitan el objeto y el ámbito del seguro, y son esenciales para que pueda nacer la obligación de la aseguradora. Concretan, pues, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, quedando sometidas al régimen de aceptación genérica, sin necesidad de observar los requisitos de incorporación que señala el artículo 3 LCS. La jurisprudencia mayoritaria señala que son cláusulas de este tipo las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (SSTS 17 de marzo de 2006; 12 de diciembre 2006). Tienen esta naturaleza las cláusulas que establecen «exclusiones objetivas» (STS 9 de noviembre de 1990, 7 de julio de 2006) de la póliza en relación con determinados eventos o circunstancias siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido y no se trate de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1988, 17 de abril de 2001, 29 de octubre 11 y 23 de noviembre de 2004).

Las cláusulas limitativas, dice la misma Sentencia, operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

Mas, aunque no tuvieran ese carácter, sino limitativo, tendría la misma eficacia desde el momento en que cumplen los requisitos que la ley exige para su incorporación al contrato de seguro y son además conformes con la cualificación de las partes y con la economía del propio contrato, dados los intereses en juego, tanto en relación a la prima satisfecha como a las garantías cubiertas. Y desde esta idea, podrá defraudar las expectativas de cobro del tercero perjudicado, más no las del asegurado, que conoce y valora lo que contrata, y que, sin la necesaria cobertura, deberá hacer frente con su patrimonio al daño por haberse producido el siniestro.»

– Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 22 nov. 2006, rec. 632/2000:

«Es doctrina jurisprudencial reiterada que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (art. 76 de la Ley) hay que referirla a las excepcio-

La doctrina jurisprudencial pone de relieve que el contrato de seguro puede contener cláusulas *limitativas* de los derechos de los asegurados y, por con-

nes personales, que el primero albergue contra el segundo, y no a aquellas eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes, dentro de cuyos límites queda el asegurador obligado a indemnizar al perjudicado, como se infiere del artículo 73, párrafo primero de la Ley de Contrato de Seguro (SSTS de 29 de noviembre de 1991; 31 de diciembre 1992; 15 julio 1993), cuando la excepción objetiva tenga una relación directa, o sea factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso (SSTS de 13 de mayo de 1986; 29 de noviembre de 1991; 31 diciembre 1992; 2 de diciembre de 1998). De esa forma, el asegurador puede oponer al perjudicado que el daño sufrido por él es realización de un riesgo excluido en el contrato. Lo que no puede es oponerle aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a éste contra el asegurado, cuando haya de pagar la indemnización al tercero, como sucede en el caso enjuiciado en el que el accidente que causó la muerte a Don Héctor se produjo por causa de no haber funcionado los mecanismos de seguridad de la grúa, que no fueron objeto de los controles, ensayos o pruebas necesarias para garantizar que así fuera, es decir, por una circunstancia personal del asegurado no proyectable frente al perjudicado, lo que supone el rechazo de los motivos formulados por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados, o del fallo justificado, que permite mantenerlo aunque por razonamiento jurídico distinto de los tenidos en cuenta en la resolución recurrida (SSTS, 22 octubre de 2004; 5 de octubre de 2005; 21 de marzo y 5 de julio de 2006, entre otras muchas).»

– Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 nov. 2004, rec. 3229/1998:

«Siguiendo los principios generales, si faltan los hechos constitutivos del derecho del perjudicado, el asegurador no está obligado a satisfacer su pretensión si dicho perjudicado ejerce la acción directa contra él. En tales casos, no estamos en el campo de las excepciones, en sentido estricto, sino en supuestos en los que se debe rechazar la acción porque faltan esos presupuestos. El asegurador se defenderá, normalmente, haciendo ver la ausencia de los hechos constitutivos del derecho del demandante, pero aún en el supuesto hipotético de que no alegara tal defensa, el Juez ante la ausencia de esos hechos debe desestimar la acción. Sin embargo, lo normal, como ha ocurrido, será que el asegurador se oponga a la demanda aduciendo la ausencia de tales hechos, cuya prueba en principio está a su cargo sobre la base de lo establecido en el artículo 1214 del Código Civil. Ahora bien, ante el uso frecuente del término excepción en sentido amplio, los autores, dada la falta de precisión del propio artículo 76, afirman que en tales casos estamos ante excepciones oponibles por el asegurador, que se califican, por la doctrina más autorizada, como excepciones objetivas, calificación que se ha seguido por la doctrina jurisprudencial. Estas defensas del asegurador, o excepciones «*lato sensu*» podemos agruparlas en la siguiente forma: las basadas en la inexistencia del contrato o extinción de la relación jurídica, la ausencia del derecho del perjudicado al resarcimiento y el hecho de que el derecho del tercero esté fuera de la cobertura del seguro.

Es un hecho constitutivo de la pretensión del tercero perjudicado frente al asegurador, que su derecho de crédito a obtener la indemnización esté dentro de la cobertura del seguro. Para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato.

Si falta tal presupuesto, el derecho del tercero frente al asegurador no llega a nacer, de forma que no estamos ante un hecho que extinga o limite ese pretendido derecho, sino simplemente ante la ausencia del mismo. Como ha dicho la sentencia de 9 de febrero de 1994, el contenido pactado en el contrato sobre la cobertura del asegurador, no limita los derechos de la asegurada, sino que delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituye excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado, sino que, por constituir el objeto contractual, excluye la acción que no ha nacido del asegurado, y, por ende, la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato (Sentencias de 10 de junio y 25 de noviembre de 1991, 12 de mayo y 31 de diciembre de 1992, 25 de enero de 1995 y 1 de abril de 1996). Los límites objetivos de la cobertura del seguro determinan, por consiguiente, el contenido sustancial de la obligación del asegurador (Sentencia de 10 de febrero de 1998).»

siguiente, del perjudicado, y cláusulas *delimitadoras* de los riesgos asumidos por el asegurador. En el primer caso, debe constar de manera vehemente que el asegurado las acepta. En el segundo caso, debe fijar claramente cuál es el ámbito objetivo de los riesgos cubiertos. En este último caso, podría elevarse como excepciones objetivas de las que podría valerse el asegurador frente al perjudicado.

Como afirma el Tribunal Supremo, el asegurador podrá oponer frente a la reclamación y el derecho del perjudicado excepciones objetivas «emanadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes, dentro de cuyos límites queda el asegurador obligado a indemnizar al perjudicado, como se infiere del artículo 73, párrafo primero de la Ley de Contrato de Seguro (SSTS de 29 de noviembre de 1991; 31 de diciembre 1992; 15 julio 1993), cuando la excepción objetiva tenga una relación directa, o sea factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso (SSTS de 13 de mayo de 1986; 29 de noviembre de 1991; 31 diciembre 1992; 2 de diciembre 1998). O sea, cuando la excepción objetiva tenga una relación directa con el evento dañoso «y no en cualquier otro caso».

Así pues, el contrato hace posible que el asegurador subrogue al asegurado. Una vez producido el evento dañoso (previsto en el Código penal y que forma parte del ámbito objetivo de los riesgos cubiertos por el seguro), por obra de la ley, el asegurador es responsable civil directo. El artículo 109 CP dispone que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.» El contrato de responsabilidad civil es el que hace posible que el asegurador asuma el cumplimiento de la indicada obligación²⁴³. El contrato de seguro es el presupuesto. Es la ley la que dispone cuándo se atribuye al asegurador la responsabilidad civil directa. El hecho delictivo hace surgir, según el artículo 109 CP, la obligación de reparar a cargo del causante o responsable del mismo. El artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) es aún más clara cuando dispone que «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.» El artículo 116 CP dispone que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente

²⁴³ El artículo 73 Ley 50/1980 define este tipo de contrato de seguro en los siguientes términos: «por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

si del hecho se derivan daños o perjuicios.» El asegurador asume, por obra del contrato, la obligación de cubrir el riesgo de que surja la obligación de reparar del artículo 109 CP cuando el asegurado sea considerado responsable criminal de un delito o falta del que se derivan, en los términos del artículo 116 CP, daños o perjuicios. El asegurador tiene la obligación de asumir la obligación del asegurado responsable civilmente del delito. Es la ley (el Código) la que delimita el alcance de la obligación de indemnizar al remitirse a los límites de la ley o de los pactos. Es la ley la que en primer lugar delimita el alcance de la obligación. Y esta delimitación se refiere, como he señalado en relación con el artículo 76 Ley 50/1980, a los supuestos en los que la obligación del asegurador, derivada de la responsabilidad civil directa, no puede ser liberada aun cuando las partes del contrato lo pudieran haber establecido. Esta obligación creada por la ley (arts. 1902 CC y 109 del CP) y delimitada por la ley (al fijar límites y supuestos en los que cabe su liberación o, al contrario, donde no es posible), puede ser exigida su cumplimiento por el tercero perjudicado al ejercer la acción directa contra el asegurador en el procedimiento penal.

E. CONCLUSIONES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU DESVESTIMIENTO SUSTANTIVISTA DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INGLESES

Las conclusiones al análisis expuesto debemos plantearlas en dos ámbitos. Por un lado, el ámbito general sobre la naturaleza de la institución del derecho a la acción directa y, por otro, el específicamente orientado a la aplicación de la doctrina de los tribunales ingleses. El primero nos permite formular unas consideraciones generales que, en el segundo, nos han de facilitar extraer unas consecuencias en relación con el fallo de los tribunales ingleses en el caso Prestige. Como ya he comentado, estos entendieron que el derecho era contractual por lo que quedaba completamente sometido a lo establecido en las cláusulas del contrato de seguro.

1. Naturaleza jurídica del derecho a la acción directa

La correcta caracterización jurídica del derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador es la de un derecho que reúne las siguientes características que se enumeran a continuación.

En *primer* lugar, es un derecho legal y de configuración legal. Es un derecho a la tutela judicial efectiva en relación con un derecho a la reparación de los daños imputables a su responsable. El «dañador» es responsable, fruto de lo dispuesto en el Código civil, tanto de la producción del daño como de su reparación. Por una cuestión práctica, la ley dispone que el perjudicado se podrá dirigir contra el asegurador para buscar la reparación que el Código impone al asegurado. Es una versión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por cuanto se impetra la tutela judicial para hacer efectivo un derecho surgido de la responsabilidad civil del asegurado. Es, en consecuencia, un derecho completa y totalmente independiente del contrato de seguro, tanto en su origen como en su contenido.

En *segundo* lugar, es un derecho que puede ser ejercitado por aquél que está legitimado como sujeto perjudicado en tanto que titular de bienes y derechos que han sido dañados por el asegurado. En nuestro caso, las Administraciones públicas son titulares de bienes (en particular, el dominio público marítimo terrestre: las costas españolas) y de potestades de protección y de restauración de los recursos naturales, que les permiten ser consideradas como sujetos legitimados para ejercer la acción directa contra el asegurador. Así como, cualquier otro sujeto que alegase la legitimación adecuada en atención a la múltiple naturaleza de los daños producidos.

En *tercer* lugar, es un derecho que tiene por finalidad inmediata, en los términos de los artículos 76 Ley 50/1980 y 117 CP, exigir, mediante al cauce judicial, la responsabilidad civil directa del asegurador y la correlativa obligación de reparar, en los términos de los artículos 1902 CC y 109 CP. En orden a la debida caracterización de la acción directa, ocupa un lugar secundario el alcance de la obligación pactada por el asegurador en el contrato correspondiente. Estas obligaciones lo son fundamentalmente respecto del asegurado que queda completamente constreñido por lo pactado en ejercicio de su autonomía de la voluntad. La situación del tercero perjudicado no es equivalente. La ley ha querido que así sea. Esto explica que el alcance de la responsabilidad civil directa del asegurador sea mayor que la del alcance de la obligación de indemnizar pactada en el contrato. La diferencia de alcance se explica por la pretensión protectora de la legislación y de la jurisprudencia.

En *cuarto* lugar, es un derecho para exigir el cumplimiento de una obligación legal, la de los artículos 1902 CC y 109 CP, y también configurada legalmente. El derecho a la acción directa es un derecho legal y de configuración legal, como también lo es su correlato obligacional: la obligación de reparar y de indemnizar son igualmente creaciones de la ley. Y es ésta la que las delimi-

ta cuando establece las causas en las que no puede ser exigida o impone otras en las que sí cabe su exigencia.

En *quinto* lugar, el contexto penal refuerza el derecho a la acción directa y su configuración de protección del perjudicado. El Código penal establece que, una vez producido el evento dañoso que forma parte del ámbito objetivo de los riesgos cubiertos por el contrato y que, al mismo tiempo, sea uno de los hechos previstos en el Código penal, al asegurador se le atribuye aquella responsabilidad. Y, por consiguiente, queda comprobado, al subrogar al asegurado, a cumplir con la obligación de reparar en los términos del artículo 109 CP. Esta responsabilidad, en los términos del Código Penal, comprende la restitución de las consecuencias previstas en dicho Código.

En *sexto* lugar, la responsabilidad civil directa del asegurador en el contexto penal, ha de interpretarse en el sentido de ofrecer la más completa protección a las víctimas: «se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 Mar. 2007, rec. 10687/2006). El Tribunal Supremo ha sido particularmente sensible, en el indicado contexto, a dispensar la adecuada protección a la víctima. La responsabilidad civil directa del asegurador así lo hace posible lo que no es obstáculo, al contrario, para que luego se dirija contra el asegurado a los efectos de la compensación correspondiente por parte de éste. Sin embargo, lo relevante es dispensar la protección que la víctima inocente requiere.

En *séptimo* lugar, la responsabilidad civil no se subsume, ni se circunscribe, ni se limita, a las obligaciones que el asegurador ha contraído por virtud del contrato de seguro. Puede ir más allá cuando así lo exige la adecuada protección de los derechos de los terceros perjudicados. En tal caso, el asegurador tendrá una acción de repetición o retorno contra el asegurado.

La falta de correspondencia entre el alcance de la responsabilidad civil directa del asegurado y la obligación contractual de indemnizar pactada en el correspondiente contrato de seguro obedece a la pretensión legal y jurisprudencial de otorgar al tercero perjudicado la más completa y efectiva protección. Ninguna cláusula del contrato puede ser un obstáculo a este objetivo²⁴⁴. Es la ley y sólo la ley la que puede delimitar el derecho que ha

²⁴⁴ El Tribunal Supremo ha sido reiterativo en relación con la finalidad de protección del artículo 117 CP lo que le ha llevado a interpretar que las cláusulas de los contratos que sólo disponía como

incluidas la culpa o negligencia de los empleados no podían ser interpretadas a los efectos de excluir el dolo de los empleados del asegurado. Un ejemplo, con cita de la jurisprudencia producida, es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 Mar. 2009, rec. 10145/2008 (asunto: responsabilidad civil directa del asegurador por delitos sexuales cometidos contra menores por un empleado del asegurado).

UNDÉCIMO. El Ministerio Fiscal suscita un segundo motivo, también por error de derecho por indebida inaplicación del artículo 117 del Código Penal.

1. La sentencia absuelve asimismo a la Compañía aseguradora que tenía concertada una póliza de responsabilidad civil con la Federación de Asociaciones de Padres de la entidad Autonómica en la que estaban integrado, entre las que se incluía como asegurado la Asociación que acabamos de declarar responsable civil subsidiaria.

2. El Ministerio Fiscal sostiene que de los hechos probados y sobre todo del examen de las cláusulas del contrato que se transcribe en la fundamentación jurídica y que viene a dar contenido a la declaración fáctica de la contratación de la póliza se desprende una responsabilidad civil directa de la Compañía aseguradora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Código Penal.

3.- Es evidente que la sentencia interpreta de forma restrictiva y contraria a derecho las cláusulas de la póliza en la que se incluyen los daños causados por culpa o negligencia, lo que no excluye la necesidad de examinar si abarca también a los delitos cometidos por aquellas personas que tienen una vinculación laboral con los tomadores del seguro.

4. Nos encontramos ante un seguro voluntario que se rige por las condiciones pactadas y las establecidas legal o reglamentariamente. Es preferente la autonomía de la voluntad entre las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Contratos de Seguro.

5. Por encima de cualquier otra consideración es claro que las actividades habían sido contratadas por los asegurados y que de estas se derivaron daños físicos y psíquicos a los menores a los que estaban destinadas las actividades del acusado. En este sentido, si nos moviésemos en el campo de la culpa o negligencia no existiría discusión alguna sobre la cobertura directa por la parte de la compañía aseguradora.

6. Ahora bien, nos encontramos ante unos daños causados por un comportamiento delictivo inequívocamente doloso de uno de los dependientes o empleados de los asegurados y que dichos daños se han causado en el ejercicio de las actividades de la persona contratada.

7. La cuestión planteada ya ha sido resuelta pacíficamente por la doctrina de esta Sala Segunda, tal como la cita el Ministerio Fiscal, cuyas argumentaciones reproducimos. El artículo 76 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (modificada por las Leyes 21/1990, de 19 de diciembre, y 30/1995, de 8 de noviembre), dispone expresamente que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. Asimismo el art. 117 del CP 1995 dispone que los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

8. En consecuencia, y como ya ha declarado con reiteración esta Sala, en sentencias de 4 de diciembre de 1998 y 17 de octubre de 2000, números 1574/2000, 225/2003, de 2 de Junio de 2005, entre otras), la responsabilidad civil directa frente al perjudicado de los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, incluye expresamente los supuestos en que el evento que determine el riesgo asegurado sea «un hecho previsto en este Código», es decir, un delito doloso o culposo, sin perjuicio de la facultad de los aseguradores de repetición contra el autor del hecho.

9. Como señalan las sentencias citadas, lo que excluye el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos en el ámbito de cobertura del seguro sea debido a la conducta dolosa del asegurado —disponiendo el asegurador en este caso de la facultad de repetición frente al asegurado que le reconoce el art. 76 L. C. S., o bien sea debido a un acto doloso o culposo de un empleado o dependiente

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

reconocido. Al igual que sólo la ley es la que crea la obligación de reparar y, en su caso, de indemnizar, así como configura su contenido (art. 1902 Código Civil y 109 Código penal), en relación con lo dispuesto en los artículos 76 Ley 50/1980 y 117 CP.

En *octavo* y último lugar, si el derecho del perjudicado a la acción directa es un derecho legal, su correlato, la obligación de indemnizar, también lo es. El contrato de seguro es el presupuesto imprescindible de uno y de otro, pero sus cláusulas, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, están sujetas a lo dispuesto por la ley que, para la mejor y más perfecta protección de los perjudicados, ha establecido un catálogo de supuestos en donde la protección que se dispensa a éstos va más lejos de la que se pueden beneficiar los asegurados por obra del contrato. La protección que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a los terceros perjudicados, es el principal objetivo, las cláusulas del contrato son secundarias. El equilibrio contractual se podrá reestablecer mediante la acción de repetición del asegurador contra el asegurado.

Estas son las características jurídicas del derecho del perjudicado a la acción directa contra el asegurador responsable civil directo del hecho previsto en el Código penal que forma parte del ámbito del riesgo cubierto por el contrato de seguro (art. 117 CP). Son el fruto de una opción legislativa, surgida de la jurisprudencia, que responde a un objetivo claro de política legislativa que tiene pleno sentido en el contexto del Derecho español (y de su Historia) aunque no necesariamente es considerado razonable en otros parámetros y culturas jurídicas. El objetivo es el de dispensar la más completa y adecuada protección a las víctimas inocentes, en particular, en el ámbito penal. Este objetivo condiciona decisivamente la configuración jurídica del derecho.

2. Derecho a la acción directa, «desvestido» correctamente, es un derecho legal

El análisis dogmático del derecho a la acción directa, en los términos expuestos, nos ha de permitir extraer alguna conclusión en relación con la doctrina de los tribunales ingleses en el ámbito de los contratos de seguros de responsabilidad civil marítima. Como ya he expuesto, la idea básica de tal

del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (art. 120. 4º C. P. de 1995), en cuyo caso dispone también el asegurador del derecho de repetición contra el autor del hecho que expresamente reconoce el artículo 117 del Código Penal de 1995, siendo este último supuesto precisamente el aplicable en el presente caso (STS de 22 de abril de 2002 y Auto de 14 de diciembre de 2006).

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.»

doctrina es preguntarse, tras el correspondiente «desvestimiento» de los ropa-jes formales, la «sustancia» de la institución del derecho a la acción directa, para de esta manera desentrañarla en su «pureza».

Aplicando la metodología exigida, nos conduce a considerar el derecho a la acción directa de los artículos 76 Ley 50/1980 y 117 CP, así como del artículo 465 Ley 14/2014, como un derecho legal y de configuración legal que no puede confundirse ni (i) con los títulos sustantivos que legitiman a una persona como perjudicada a los efectos de su ejercicio; ni (ii) con el derecho a la reparación (responsabilidad civil) del Código civil y del Código penal; ni (iii) con el derecho a la indemnización pactada en el contrato correspondiente. Es un derecho a reclamar al asegurador, como dispone el artículo 76 Ley 50/1980 y el artículo 465 Ley 14/2014, el cumplimiento de la obligación de indemnizar que, según dispone el artículo 117 CP, es el responsable civil directo. No hay duda, como lo confirma la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que el derecho del perjudicado a la acción directa es un derecho de reconocimiento legal y de configuración igualmente legal²⁴⁵.

²⁴⁵ CALZADA CONDE (2005: 117 y ss) sostiene, de manera confusa, otra postura. La autora sostiene (pp. 117-118) que «la opción adoptar en nuestra Ley 50/1980 [al consagrar con carácter general en el artículo 76 la acción directa del perjudicado frente al asegurador] es la acertada porque la existencia de un derecho del tercero a exigir del asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar del asegurado deriva del propio contrato de seguro al configurarse como preventivo por exigencias del principio indemnizatorio. La ley se habría limitado, así, a reconocer un derecho que deriva de las propias exigencias del contrato de seguro y no a exigencias externas y que, por ello, había sido reconocido tempranamente pro la Jurisprudencia en Sentencias de 23 de junio de 1930 (RJ 1930-1931, 1032) y de 4 de noviembre de 1932 (RJ 1932, 1264).» ¿La ley reconoce un derecho creado por el contrato de seguro o reconoce un principio de la institución jurídica del contrato de seguro? El texto parece decantarse por la segunda opción, pero el título del epígrafe es claro: «la existencia de un derecho propio del tercero derivado del contrato, por exigencias del principio indemnizatorio». Si es una creación del contrato, el contrato también podría disponer de ese derecho. Sin embargo, ya había afirmado (p. 25) que el régimen de la posición jurídica del tercero perjudicado es indisponible por la voluntad de las partes. Si es un derecho creado por el contrato, también el contrato puede decidir lo contrario. Más adelante (p. 119) insiste que «el derecho del tercero no es más que la consecuencia lógica y última de la evolución del seguro de responsabilidad civil reparador al seguro de responsabilidad civil preventivo». Con anterioridad había afirmado que «a nuestro entender la necesidad de garantizar que el tercero perciba la indemnización del seguro deriva de las exigencias del principio indemnizatorio, es decir, de exigencias propias del Derecho de seguros que se imponen a la voluntad de las partes y no de la necesidad de proteger al tercero frente a eventuales disfunciones del seguro.» A mi juicio, se está confundiendo el contrato con la institución jurídica del contrato. Y esta confusión está asociada a otra entre la fuente del derecho y la razón o fundamento del reconocimiento o existencia del derecho del tercero. Que el fundamento del derecho del tercero esté en un principio jurídico del Derecho de los seguros, no conduce a considerar que la fuente de tal derecho esté en el contrato. Aquél eventual fundamento es una razón jurídica que el legislador asume y reconoce el derecho del tercero que, en tanto que tal creación legal, se impone a las partes del contrato. Esto quiere decir que es un derecho impuesto al contrato de seguro y se impone por la Ley porque el fundamento está, como dice la autora, en una razón ajena al contrato mismo como puede ser los principios jurídicos del Derecho de los seguros. En definitiva, la autora no está negando que la fuente del derecho del tercero esté en la Ley. Está argumentando sobre las razones que han servido al legislador para reconocer tal derecho al margen de la voluntad de las partes del contrato. Tiene sentido, desde la perspec-

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

Como ha sido expuesto, el derecho del perjudicado a la acción directa es (i) un derecho de origen jurisprudencial para dar cumplida satisfacción al principio de justicia que inspira la dispensa de una protección especial al tercero dañado inocente, como ha dicho el Tribunal Supremo, que (ii) ha sido reconocido con carácter general por la ley que, a su vez, (iii) lo ha configurado, relacionando las causas legales que el asegurador puede utilizar para liberarse de la obligación de indemnizar al perjudicado, así como las otras causas en las que tal liberación no es posible ni en los supuestos en los que las mismas podrían servir para eximir al asegurador de la reclamación del asegurado.

Es un derecho legal, desligado del contrato. Está desligado no sólo en cuanto a su origen sino también a su configuración. El perjudicado sólo tiene los derechos que la ley le reconoce, no el contrato. Y el perjudicado tendrá unos derechos con el alcance y el contenido que la ley establece, no el contrato; y éste sólo cuando sea compatible con los dictados de la ley. Por esta razón, el Tribunal Supremo ha sido reiterativo en desconocer las cláusulas de los contratos que liberaban al asegurador. Las reglas legales sobre las causas de no-liberación del asegurador son reglas imperativas que están al margen de la autonomía de la voluntad de las partes. El tercero perjudicado tiene los derechos que la ley le reconoce. Las cláusulas del contrato también desplegarán efectos jurídicos sobre los derechos, pero sólo en tanto que sean ajustadas a la ley. Es evidente que el derecho del perjudicado, como ya he expuesto, está condicionado por la delimitación objetiva de los riesgos cubiertos por el con-

tiva indicada, la afirmación (p. 122) según la cual «el derecho del tercero frente al asegurador —y la correlativa acción— existe no porque las partes contratantes o la ley se lo hayan querido otorgar graciamente, o en atención a un interés del mismo extraño al contrato, sino porque es necesario para que se garantice al máximo y en la mejor forma posible el respeto al principio indemnizatorio. Por ello, a nuestro entender, la ley no consagra la denominada acción directa como imposición de un elemento extraño al contrato que de otro modo no existiría, y justificado por razones también extrañas al mismo, sino que reconoce un derecho que deriva de la estructura que, conforme a los principios generales del Derecho de Seguros, debe tener un seguro de responsabilidad civil que ha dejado de ser reparador.» La autora lo que discute es la razón o el fundamento del reconocimiento del derecho, no que el derecho no sea una creación de la Ley y no del contrato. Esta conclusión se ve desautorizada más adelante en otro giro argumentativo (p. 123): «la Ley 50/1980 establece en art. 76 la denominada acción directa del tercero perjudicado para exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar del asegurado. Ya se ha expuesto que a nuestro entender la ley no consagra un derecho que de otro modo el tercero no tendría, sino que reconoce un derecho que deriva del propio contrato de seguro en cuanto seguro preventivo pero sometido como cualquier otro seguro contra daños al principio indemnizatorio. También a nuestro juicio éste es un derecho del tercero con su correlativa acción que no es directa, porque no es que el tercero ejercitó como propio y en condiciones especiales el derecho del asegurado, sino que ejercitó un derecho propio derivado del contrato; y por ello mismo existente únicamente si el contrato existe y en la medida en que exista el derecho del asegurado en cuanto el pago al tercero es, en su caso, la forma en que ha de cumplir el asegurador su obligación frente al asegurado, evitándole el daño efectivo en su patrimonio, en términos económicos, o en términos jurídicos, liberándolo de la deuda de responsabilidad.»

trato. Y es así porque, como ya he dicho, ha sido la ley la que así lo ha querido. Al ser un derecho legal, su configuración también es legal, no contractual.

La acción u omisión del asegurado produce un daño a un tercero (ajeno a la relación jurídica del seguro) que hace surgir, *ope legis*, la responsabilidad civil de aquél. Esta responsabilidad grava al asegurado con una obligación de reparación, según también dispone la ley²⁴⁶. La ley también es la que impone al asegurador la responsabilidad civil directa. A tal fin, la víctima deberá plantear la acción o reclamación. En ese momento, surge la obligación del asegurador de reparar porque a partir de ese momento se le podrá considerar como responsable civil directo. La diferencia entre daño y siniestro es clara. El daño hace surgir la responsabilidad del asegurado, pero es el siniestro el que hace surgir la del asegurador como consecuencia de la acción de reclamación de la víctima²⁴⁷.

Mientras que el derecho de crédito surge con la responsabilidad civil y con ésta la obligación de reparar el daño, con el derecho de la acción directa surge, como consecuencia de la interposición de la reclamación, la obligación del asegurador²⁴⁸. El daño de la víctima es la fuente de la responsabilidad del asegurado (y el correlativo derecho a la reparación) pero es el siniestro, o sea, el efectivo daño en el patrimonio del asegurado, el que hace surgir la obligación del asegurador. A tal fin, se requiere la reclamación del tercero. A partir de ese momento, el patrimonio del asegurado está efectivamente amenazado²⁴⁹. Y el asegurador queda obligado a reparar el daño para mantener indemne el patrimonio del asegurado. «La obligación del asegurador consisten en liberar al asegurado de las consecuencias económicas ligadas a su eventual

²⁴⁶ ALONSO (2000: 202-203) ha afirmado que «el riesgo que se asegura consiste en la posibilidad de que el asegurado incurra en responsabilidad civil como consecuencia de alguna de sus actuaciones, porque, en ese caso, al quedar gravado su patrimonio por esa deuda, se occasionará un daño al asegurado. El siniestro, sin embargo, vendrá determinado por la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima del daño, puesto que, mientras aquélla no se produzca, no surgirá la obligación del asegurador de reparar el daño causado ni, por consiguiente, entrará en juego la garantía del seguro. Por el contrario, si la reclamación no se produce o la responsabilidad desaparece por remisión o por prescripción o bien no resulta exigible, se extinguirá también la obligación del asegurador.»

²⁴⁷ CALZADA CONDE (2005: 47) sostiene que «el siniestro es la realización del riesgo prevista en el contrato y, por ello, en los seguros contra daños implica necesariamente la realización de un daño en el patrimonio del asegurado a consecuencia de la realización del específico acontecimiento previsto en el contrato (incendio, robo, et.). Es un concepto clave en relación al seguro porque la realización del mismo vigente el contrato es la condición a que está sometida la obligación del asegurador (art. 1 Ley 50/1980), determina el nacimiento de ciertos deberes secundarios a cargo del asegurado, el *dies a quo* para el cálculo del plazo de prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador y para ser realmente considerado como tal siniestro ha de producirse en circunstancias no excluidas en la Ley (caso del dolo del asegurado, art. 19 Ley 50/1980) o en el contrato.»

²⁴⁸ CALZADA CONDE (2005: 49).

²⁴⁹ CALZADA CONDE (2005: 50).

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

responsabilidad civil y, por tanto, en caso de ser efectivamente responsable, en liberar al asegurado de la deuda de responsabilidad civil extinguendo esa deuda —normalmente mediante el pago en dinero—.»²⁵⁰ Si el derecho del tercero es un derecho legal y, por tanto, autónomo del contrato, también deberá serlo la correlativa obligación que constituye el contenido sustantivo de la acción o reclamación²⁵¹.

El error de las Sentencias de los tribunales ingleses en el caso Prestige es el haber considerado que el derecho a la acción directa es un derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de reparación del contrato. Desde esta perspectiva, queda aquel derecho complemento «incluido» en el contrato; se convierte en un derecho contractual, con todas las consecuencias en orden a la sujeción a las cláusulas del contrato. No es así. Es un derecho legal para exigir la obligación de reparación del «dañador» surgida de la responsabilidad por la producción de los daños. Este es tan responsable por los daños como por su reparación. Ha sido la ley la que ha permitido, por una cuestión de política legislativa (y práctica), que el perjudicado se pueda dirigir directamente contra el asegurador. Se pretende, de esta manera, que el perjudicado pueda alcanzar la más completa reparación. Se entiende, perfectamente, la afirmación del Tribunal Supremo de que la privación al perjudicado de la acción directa tiene unos efectos devastadores. De esto se trata: la más completa reparación. No olvidemos que está en juego un principio constitucional esencial: «quien con-

²⁵⁰ CALZADA CONDE (2005: 81).

²⁵¹ En sentido contrario, cuando se afirma que el derecho del tercero es contractual, también habrá de serlo la obligación correlativa de reparación. Así, CALZADA CONDE (2005: 124), que considera que aquel derecho es derivado del contrato, afirma que la obligación es la obligación del contrato: «Lo que el tercero tiene derecho a exigir del asegurador es el cumplimiento de la obligación de indemnizar del asegurado, no el cumplimiento de una obligación autónoma del asegurador frente al propio tercero. Así se expresa, por lo demás, claramente en la Ley 50/1980 ya que el art. 76 señala que «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el *cumplimiento de la obligación de indemnizar*» y la obligación de indemnizar es el riesgo que contempla el art. 73 «por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga... a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la *obligación de indemnizar a un tercero...*». En efecto, ni el derecho del tercero es autónomo —como si lo es para quienes consideran, por ejemplo, que lo ha creado la ley— ni el asegurador asume frente al tercero una obligación asimismo autónoma. El asegurador en virtud del contrato y dentro de sus límites, asume cumplir la obligación del asegurado frente al tercero y para asegurar al máximo que eso será así, el tercero tiene derecho a exigir esa prestación y, en consecuencia, tiene derecho a ello en tanto en cuanto el asegurador esté obligado frente al asegurado. Como señala nuestra Jurisprudencia se trata de que la deuda de responsabilidad se desplace del asegurado al asegurador, de que éste sustituya a aquél en el pago de la misma.» Y culmina: «La acción directa, por tanto, deriva del contrato y, como señala también nuestra jurisprudencia de forma mayoritaria en él tiene su fundamento y límites.» Esta afirmación, posteriormente, es matizada: «Aunque derive del contrato sigue el régimen de prescripción de la acción de responsabilidad correspondiente (con carácter general el de un año del art. 1968 CC) y no el de las acciones derivadas del contrato de seguro.» Una contradicción: deriva del contrato, pero no así el régimen de prescripción de las acciones.

tamina paga». El responsable de la contaminación es el que lo debe ser de su completa reparación. Esta exigencia vale tanto para el productor del daño como para aquél que asume, en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil, el riesgo de que ésta pueda surgir. Es inadmisible que las partes de un contrato puedan disponer, no sólo de los derechos de un ajeno, reconocido por la ley, sino también de un principio tan esencial como el expuesto. La libertad de las partes no puede tener tanto «poder» como para enervar las piezas básicas y garantizadoras, no sólo de los derechos de los ajenos, sino de la completa reparación de todos los daños producidos por el comportamiento, además, irresponsable, de unos sujetos sin escrúpulos, llevados por una codicia desmedida.

CONCLUSIONES

El caso Prestige nos sirve de test, de banco de pruebas, de laboratorio en el que comprobar cómo operan las instituciones jurídicas cuando se producen unos daños ambientales, además considerables, como los derivados del vertido de hidrocarburos procedentes de un buque. Por un lado, las instituciones de la responsabilidad por los daños y, por otro, las del aseguramiento del riesgo contra aquella eventualidad.

Las instituciones de responsabilidad por los daños ambientales giran alrededor del principio constitucional «quien contamina paga», sancionado en el artículo 191 TFUE. Todo aquél que es responsable de los daños ha de responder quedando comprometido a la reparación íntegra, total y completa para que, idealmente, los recursos afectados recuperen el estado previo. El problema jurídico más relevante es, paradójicamente, el de la correcta caracterización jurídica de los daños, o sea, cuáles son los que hacen surgir la responsabilidad y, consiguiente, obligación de reparación. Cuando se trata de los daños con «dueño», los clásicos daños patrimoniales, el Derecho cuenta con mecanismos de reparación. En cambio, cuando se trata de los ambientales se plantea un problema: ¿qué se entiende por daños ambientales? En una primera aproximación, son los que soportan los recursos naturales. No todos disfrutan del mismo régimen jurídico. En unos casos, así el suelo, se trata de un bien de propiedad privada. En otros, no constituyen el objeto de la propiedad cuanto de otro título de apropiación como el dominio público. Por último, nos encontramos con recursos que no son objeto de apropiación, pero sí de protección, caso de la atmósfera o los recursos bióticos. Esta diferencia de régimen afecta a la institución de la responsabilidad porque se asienta sobre la titularidad del recurso. La dificultad conduce a distinguir entre daños ambientales «subjetivos»

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

y los puros. Los primeros son los daños que sufren los recursos de titularidad. En cambio, en los segundos no la hay.

El caso Prestige muestra que la más completa reparación de todos los daños, para el debido cumplimiento del principio constitucional, nos ha de conducir a reconducir la institución de la responsabilidad por la senda de articular un mecanismo de conexión entre los seres humanos dañados y reclamantes y los bienes-recursos dañados que vaya más allá de la basada en la propiedad (como derecho patrimonial por antonomasia). Se propone el título del uso. Todos los daños ambientales están humanizados; los seres humanos los producen y los sufren; así sucede porque son sus «usuarios». La condición cualificadora de la relación vendría de la mano de la usabilidad/disfrute de los recursos. En unos casos más directa que en otros, pero en todos se cumplen. Todos los recursos y la Naturaleza, en general, son requisitos imprescindibles para vida de los seres humanos; porque somos tan dependientes como parte de ella. Todos los recursos y la Naturaleza hacen posible la vida de los seres humanos. Sería una circunstancia de cualificación que habilitaría a los seres humanos, en los términos que el Derecho faculte (en relación, por ejemplo, con la legitimidad), para la reclamación frente a cualquier daño en orden a la completa restauración ambiental, como exige el indicado principio constitucional.

La exigencia de responsabilidad por los daños producidos por el vertido procedente del buque se ha de ventilar conforme a la legislación civil que le resulta aplicable. En este caso, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1992 y su instrumento complementario, el Convenio sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos, también de 1992. El problema que plantea estos textos internacionales es que sufren unas limitaciones que impiden la satisfacción del principio constitucional, o sea, no hacen posible la reparación íntegra de todos los daños ambientales.

A estas restricciones se enfrenta el Tribunal Supremo cuando por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2016, núm. 865/2015, establece que hay responsabilidad penal del capitán y subsidiaria del propietario por los daños por lo que debían compensarlos al ser considerados responsables civiles. Y el camino para alcanzar el objetivo es la aplicación de lo dispuesto en las normas civiles del Código Penal. Estas se remiten, como es lógico, a lo dispuesto en la legislación civil aplicable, o sea, los textos internacionales. Ahora bien, en tanto su aplicación no produjese un resultado contrario a los principios constitucionales. La superación de la limitación subjetiva (sólo son responsables el propietario, no los empleados) se

puede alcanzar por la aplicación del Convenio que habilita esta posibilidad cuando hay un comportamiento doloso o culposo del propietario, como es el caso, ya que «no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión tuyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños» (art. V.2). La existencia de dolo o culpa tiene unos efectos liberatorios respecto (i) del propietario, el de la exclusión del beneficio del límite de la indemnización; y (ii) de los no propietarios, el de la exclusión de la prohibición de que contra ellos se pueda dirigir una reclamación de indemnización. El régimen de responsabilidad civil del Convenio 1992 queda enervado, como dispone el artículo III.4, en lo relativo a la prohibición de la prosperabilidad de cualquier reclamación contra los empleados del propietario (en este caso, el capitán), por los daños producidos, cuando hubiesen actuado con imprudencia grave, lo que supone, por un lado, «la vulneración de las “más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad” (STS 1823/2002), o como la que supone un “olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado” (STS 537/2005)» y, por otro, la «culpa consciente», o sea, el peligro se ha previsto como posible, y se confía en su no producción. Estos dos requisitos están presentes en la responsabilidad penal del capitán. Así lo entiende el Tribunal Supremo.

Una vez superada la limitación subjetiva en relación con la exigibilidad de la responsabilidad por los daños al propietario y al empleado (capitán), se plantea el Tribunal Supremo el problema de la limitación objetiva. El Convenio es restrictivo en relación con los daños cubiertos. Una parte sustancial de los daños quedarían al margen del mecanismo de la responsabilidad y de la consiguiente obligación de la reparación según el Convenio. Esto sería inadmisible desde la perspectiva del principio «quien contamina, paga». La solución la encontramos en el propio Código penal. Si, como afirmara el Tribunal, el fin perseguido no es otro que «el importe de la responsabilidad... abar[que] en los términos que prevén los artículos 110 y 339 CP la restitución, la reparación del daño, tanto el emergente como el lucro cesante, *incluido el daño medioambiental en sus distintos aspectos*, y la indemnización de perjuicios materiales y morales», se hace imprescindible superar el Convenio. Esta superación debe venir de la mano de la aplicación de las normas civiles del Código penal. El Tribunal recuerda que «la jurisprudencia más reciente considera que, *salvo en caso de contradicción con alguna previsión específica de la normativa contenida en el CP*, el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada de delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable». Ante la

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

evidencia de que el Convenio no permite la reparación completa, se hace imprescindible la aplicación de las normas civiles del mismo Código penal, máxime cuando forma parte del tipo penal (art. 325) *la perturbación grave al equilibrio de los sistemas naturales*. No se trata, sólo, del daño a un recurso determinado, sino al equilibrio del sistema natural, o sea, a la Naturaleza como conjunto integrado y sistémico de todos los recursos.

La argumentación del Tribunal va desde el Código penal al Convenio y de este al Código, hasta encontrar el camino para que la reparación sea completa. El nuevo obstáculo que se interpone en el camino es el del contrato de seguro que tanto el propietario del buque («Mare Shipping Inc.») como el armador («Universe Maritime Ltd.») tenían contraído con la mutualidad inglesa «The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited»; un contrato de seguro de Protección e Indemnización («P&I»). Este contrato establecía que el riesgo cubierto era el de la responsabilidad civil por los daños producidos por el vertido de hidrocarburos procedente del buque, pero el riesgo estaba limitado, no sólo en relación con los daños, sino también el importe de la indemnización. Y, además, el Club sólo respondía una vez el asegurado (proprietario y armador) hubiese abonado la indemnización correspondiente por lo que tendría, a partir de este hecho, un derecho al recobro correspondiente: la denominada cláusula «pagar para ser pagado». Otra característica, no menor y que se ha revelado determinante, es la relativa al Derecho al que estaba sujeto: el inglés. Además, las eventuales controversias que pudieran suscitarse se resolverían por la vía del arbitraje ante árbitro inglés y conforme al Derecho inglés.

Las Administraciones públicas españolas (y francesas) decidieron, en el seno de la causa penal contra el capitán (y otros) que se ventilaban ante los Tribunales penales españoles, ejercer la acción directa que la legislación española les reconocía en tanto que sujetos dañados. Ante esta circunstancia, el asegurador consideró que se estaba violentando las cláusulas del contrato por lo que inició el arbitraje conforme al Derecho inglés. El árbitro falló a favor del asegurador inglés, el Derecho inglés y los tribunales ingleses. Ni el Estado español, ni el francés comparecieron al entender que se estaba violentando la soberanía del Estado español y de sus tribunales.

Los tribunales ingleses resolvieron a favor del asegurador y de la obligación que soportan las partes perjudicadas, tanto españoles como francesas, para acatarse a lo dispuesto en las cláusulas del contrato. En consecuencia, los dañados fueron considerados, al menos, materialmente, como partes del contrato de seguro por lo que deben soportar sus determinaciones. Los tribunales entendieron que podrían superarse tales restricciones si se admitiese

que la acción directa es un derecho legal y no contractual. Aun cuando admitieron que es un derecho reconocido en la legislación española, afirmaron que en el «fondo», es un derecho contractual. Los Tribunales ingleses llevaron a cabo una operación de «desvestimiento» formal y reconstrucción sustancialista que les conduce a deducir, según su interpretación, la naturaleza de una institución jurídica de Derecho español según un prejuicio orientado a la obtención de un resultado nada razonable. No lo es que un contrato tenga la capacidad para derogar normas de orden público como las que permiten a los dañados dirigirse directamente contra el asegurador para la búsqueda de la completa reparación.

En consecuencia, nos encontramos con un choque de jurisdicciones. Por un lado, el Tribunal Supremo ha reconocido la responsabilidad civil directa del asegurador, mientras que los Tribunales ingleses, lo rechazan porque, conforme al contrato, cualquier exigencia de responsabilidad del asegurador está sometida a la condición de que sólo respondía una vez el asegurado (propietario y armador) hubiesen abonado la indemnización correspondiente por lo que tendría, a partir de este hecho, un derecho al recobro correspondiente.

En definitiva, el caso Prestige nos ofrece dos lecciones. La primera, la dificultad de la reparación de los daños ambientales. Y la segunda, el choque de culturas jurídicas, entre la española y la inglesa. La primera, asentada en la exigencia de dispensar la máxima protección al dañado. Mientras que la segunda, en el ámbito del seguro marítimo, la soberanía de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes que es capaz de imponerse a la soberanía de los Estados. A tal fin, se arbitra una interpretación sustancialista prejuiciosa y carente de sentido. ¿Quién ganará? No lo podemos saber. Ojalá gane la justicia y la completa reparación de los daños por aquél que es su único responsable.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALENZA GARCÍA, J. A., 2001: *Manual de Derecho ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona.
- ALONSO SOTO, Ricardo, 2000: «Responsabilidad civil y seguro», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4, pp. 193 a 204.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, 2007: «Caso Prestige. Las demandas ante los distintos tribunales de justicia: realidad, intereses y alternativas», en GARCÍA RUBIO & ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 265 a 294.
- ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, 2011: *Las lecciones jurídicas del Caso Prestige. Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor. Libro colectivo dirigido por Álvarez Rubio.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, 2001: «Los seguros marítimo y aéreo. El préstamo a la gruesa», en URÍA & MENÉNDEZ, (dir.), 2001, pp. 1423 a 1479.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa, 1998: «Daños causados dolosamente y seguro de responsabilidad civil», *Revista Española de Seguros*, n.º 93, enero-marzo 1998, pp. 165-183.
- 1999: «La acción directa», en AAVV, *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 779 a 790.
- BAÍLLO Y MORALES-ARCE, Jaime, 2000: «La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2000, pp. 1728-1730.
- BARBERO GAROA, A.: «La acción directa perjudicado-asegurador en la jurisdicción de orden penal. Ámbito de intervención del asegurador en el proceso penal», *Revisita General de Derecho*, 1987, núm. 512, pp. 2263-2288.
- BETANCOR, Andrés, 2014: *Derecho ambiental*, Editorial La Ley, Madrid.
- CALZADA CONDE, María Ángeles, 2005: *El seguro de responsabilidad civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

- CANARIS, C-W, 1998: *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
- CLAVERO TERNERO, Manuel, 1995: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Ed. Tecnos, Madrid.
- CHAS AMIL, M. L., & NOGUEIRA MOURE, E., 2007: «La valoración económica de los daños causados por las mareas negras: en concreto, en el caso del Prestige», en GARCÍA RUBIO & ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 113 a 137.
- DE MIGUEL PERALES, C., 1997: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2.^a ed., Ed. Civitas, Madrid.
- DELGADO BARRIO, J., 1993: *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2011: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. V. Responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo, & TORRES PÉREZ, Francisco, 2006: «Aseguramiento de la responsabilidad civil por contaminación marina: la intervención de los Clubs de P&I», en MEILÁN GIL, 2006, pp. 491 a 521.
- FONT SERRA, Eduardo, 1990: «La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de La Ley 50/1980, del Contrato de Seguro», *Revista General de Derecho*, núm. 552, 1990, pp. 6309 ss.
- FREEMAN, A. Myrick, 2003: *The Measurement of Environmental and Resource Values. Theory and Methods*, 2.^a ed., Ed. Resources for the Future, Washington, 2003
- GABALDÓN GARCÍA, José Luis, 1999: «Análisis de algunos casos concretos de responsabilidad marítima y de su limitación: Amoco Cádiz; Haven; Aegean Sea», en VI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, 1998, DE EIZAGUIERRE, J. M.^a (coord.), País Vasco, Servicio Central de Publicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1999.
- GARCÍA AMEZ, Javier, 20015: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA RUBIO, María Paz & ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (coord.), 2007: *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, Madrid.
- GARRIGUES, Joaquín, 1983: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid.
- GIMENO SENDRA, Vicente, 2017: *Derecho procesal civil*, vol. I., Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, 2011: *Responsabilidad civil «ex delicto»*, UPF.
- GOMIS CATALA, L., 1998: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi Editorial, Pamplona.
- 2000: «Estrategia comunitaria en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente», *Revista mensual de Gestión Ambiental*, núm. 19, pp. 1 y ss.
- HARDIN, G., 2012: *Derecho ambiental y justicia social. Siglo del hombre editores*, Bogotá.

- HUERTA VIESCA, María Isabel, & RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, 2004: *Responsabilidad civil por contaminación marina por vertido de hidrocarburos. A propósito del Prestige*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo.
- IRIARTE ÁNGEL, José Luis, & CASADO ABARQUERO, Marta, 2013: *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Cuadernos Mapfre, Fundación Mapfre, Madrid, 2013.
- JACOBSSON, Mans, 2007: «The International Oil Pollution Compensation Funds and the International Regime of Compensation for Oil Pollution Damage» en BASEDOW J., MAGNUS U. (eds), *Pollution of the Sea: Prevention and Compensation*. Hamburg Studies on Maritime Affairs, vol. 10. Springer, Berlin, Heidelberg, pp. 137 y ss.
- JONES, Carol A.; TOMASI, Theodore D., & FLUKE, Stephanie W., 1996: «Public and Private Claims in Natural Resource Damage Assessments», 20 Harv. Envtl. L. Rev. 111 1996
- JORDANO FRAGA, J. 1995: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J. M. Bosch, editor, Barcelona.
- 2000: *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público. Seguro y solidaridad*. Marcial Pons, Madrid.
- JUSTE RUIZ, J., 1999: *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw Hill, Madrid.
- KRÄMER, L., 1992: *Focus on EEC Environmental Law*, Londres.
- 1999: *El Derecho ambiental y el Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, eds. & Instituto Pascual Madoz, Univ. Carlos III de Madrid, Madrid.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.; LAZCANO BROTONS, I.; GARCÍA URETA, A., & PÉREZ GARCÍA, C., 2010: *Derecho ambiental. Parte especial*, 2.^a ed, 3 vol., IVAP, Bilbao.
- LOPERENA ROTA, D., 1998: *Los principios del Derecho ambiental*, Ed. Civitas, Madrid.
- LÓPEZ QUIROGA, Julio, 2015: «La responsabilidad civil por contaminación en la Ley de Navegación Marítima», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 339-355.
- LÓPEZ RICHART, Julián, 2001: *El contrato a favor de tercero*, Ed. Dykinson, Madrid.
- MARTÍN MATEO, R., 1998: *Manual de Derecho ambiental*, Ed. Trivium, Madrid, 2.^a ed.
- MCLoughlin & Bellinger, 1993: *Environmental Pollution Control. An Introduction To Principles and Practice of Administration*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London/Dordrecht/Boston.
- MEILÁN GIL, José Luis (dir.), 2006: *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., 1997: *Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil*, Univ. Pontificia Comillas & Dykinson, Madrid

■ RESPONSABILIDAD Y ASEGURAMIENTO POR DAÑOS AMBIENTALES. EL CASO PRESTIGE

- OLIVENCIA RUIZ, Manuel, 1994: «El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima, en especial en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles» en SÁNCHEZ CALERO (dir), 1994: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, pp. 189 a 209.
- ORTEGA, L. (dir), 2005: *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 4.^a ed.
- PANTALEÓN, F., 1991: «Comentario al art. 1902 CC», en VV. AA, *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, pp. 1971 y ss.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, 1989: *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid.
- PEDRAZA LAYNEZ, Julia, 2016: *La responsabilidad por daños medio ambientales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- PRIEUR, M., 1991: *Droit de l'environnement*, Precis Dalloz, Paris, 2.^a ed.
- REQUEJO ISIDRO, Marta, 2007: «El sistema de los Convenios de responsabilidad y del FIDAC» en GARCÍA RUBIO & ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 139 a 166.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, 1996: *La acción directa con el asegurador en el proceso civil*, Ed. Trivium, Madrid.
- ROY PÉREZ, Cristina, 2015: «La acción directa» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 2114-2131.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2007: «La tipología de los daños causados por el Prestige», en GARCÍA RUBIO & ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 37 a 112.
- 2008: *El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- RUIZ LIMA, Bernardo, & MATA GARRIDO, Víctor, 2015: «El seguro de responsabilidad civil en la Ley de Navegación Marítimo», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Dykinson, Madrid, pp. 397 a 413.
- RUIZ SOROA y GABALDÓN, 1999: *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.^a ed., 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, 2005: «Comentario al artículo 76 Ley 50/1980», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Aranzadi, 3.^º edición, Cizur Menor, Navarra.
- SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M.^a del C., 1994: *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, J. M. Bosch editor, Barcelona.
- SANDS, P., 1995: *Principles of international environmental law*, vol. I: Frameworks, standards and implementation, Manchester University Press, Manchester and New York.

- SIERRA NOGUERO, Eliseo, 2015: «La acción directa en los seguros marítimos de responsabilidad civil», *Revista Española de Seguros*, números 163-164, pp. 575-586.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, 2001: «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret* 3/2001, en línea: <http://www.indret.com>
- URÍA, Rodrigo, & MENÉNDEZ, Aurelio (dir.), 2001: *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Ed. Civitas, Madrid.
- URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio, & ALONSO SOTO, Ricardo, 2001a: «El contrato de seguro en general», en URÍA & MENÉNDEZ (dir.) 2001, pp. 577 a 605.
- 2001b: «Tipología del seguro», en URÍA & MENÉNDEZ (dir.) 2001, pp. 607 a 650.
- VEIGA COPO, Abel B., 2013: *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, 1997: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dyrkinson, Madrid.
- ZAMORA ROSELLÓ, María Remedios, 2009: *Régimen Jurídico de la seguridad marítima*, Netbiblo, La Coruña.

El denominado caso *Prestige* ofrece una muestra extrema de las dificultades de la reparación de los daños ambientales; no sólo en el plano físico, por lo común imposible de regenerar o restituir a su estado primitivo, sino también en el jurídico. Según expone con acierto en esta obra el autor, la reparación en términos jurídicos depende de un concepto clave: el responsable. Si no hay responsable jurídico, no hay reparación. Es el que debe afrontar todas las consecuencias asociadas al daño. A la inversa, si hay tal responsable, también lo será de la reparación. La responsabilidad se ha determinado, en el caso que nos ocupa, por la vía penal. En última instancia, el Tribunal Supremo ha establecido que existen unos responsables a título de delito que, por consiguiente, deben asumir las responsabilidades civiles por los daños producidos. Esta secuencia se desarrolla por el autor con brillantez en el axioma de que los responsables del delito también lo son de los daños producidos con ocasión de su comisión. Sin embargo, hay cuatro elementos que la obra tiene en cuenta como referentes ineludibles: el marco institucional en el que la depuración de las responsabilidades se ha de producir; cómo se reparan, en términos jurídicos, los daños, o sea, cómo se exige la responsabilidad civil; la cobertura en términos de responsabilidad civil, que a los responsables les dispensa el contrato de seguro y en último lugar, la acción directa con la que, en nuestro Derecho, cuentan los dañados para dirigirse contra el asegurador buscando la reparación de los daños. Son, así pues, cuatro los aspectos que el autor analiza en este trabajo, de manera práctica y realista, al ceñirse al examen de un caso, singular, extraordinario y trágico, del que pretende extraer unas consecuencias de alcance general que permitan prevenir o, al menos, paliar catástrofes futuras.