

EL RECURSO A LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA PARA LA COMPENSACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES EN LA EVALUACIÓN AMBIENTAL

Jesús Conde Antequera

Profesor Contratado Doctor
Universidad de Granada

Asensio Navarro Ortega

Investigador
Universidad de Granada

I. PLANTEAMIENTO

La admisión de la posibilidad de “compensar” impactos ambientales como opción para una evaluación ambiental positiva que, hasta la nueva Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA), había tenido un carácter residual respecto a la tradicional adopción de medidas correctoras o restauradoras, adquiere un interés adicional con la referencia que esta Ley hace a los créditos generados por bancos de conservación de la naturaleza. Las posibilidades de viabilidad de actuaciones que permiten estas nuevas formas de “corrección” del impacto ambiental mediante actuaciones compensatorias nos hacen prever su posible futuro protagonismo en los procedimientos de evaluación ambiental.

Aunque ya había antecedentes en nuestra normativa sobre la posibilidad de compensar el daño ambiental ocasionado por un proyecto mediante la realización de trabajos alternativos que recuperasen la funcionalidad ambiental perdida, la Disposición adicional octava de la LEA ofrece ahora la posibilidad de llevar a la práctica dicha compensación recurriendo al comercio de unos créditos que representan trabajos ambientalmente positivos efectuados previamente por terceros y en otros lugares.

Esta nueva previsión en el marco de la evaluación ambiental supone un cambio de perspectiva que permite ver las medidas compensatorias ya no sólo desde un punto de vista reparador, consecuente a la responsabilidad por la causación efectiva de un daño ambiental, sino como una opción a barajar con carácter previo al desarrollo del proyecto y que permite obtener una autorización para llevarlo a cabo a pesar de preverse que van a causar daños no reparables.

En relación a ello, si por un lado creemos que ésta puede ser una nueva forma de consideración de los impactos ambientales y que llegará a convertirse en una herramienta más para asegurar la sostenibilidad del desarrollo económico así como una posibilidad de entrada a la participación privada en la protección eficiente del medio ambiente, por otro lado somos conscientes de que su introducción en nuestro sistema de evaluación ambiental supone, en el fondo,

la admisión de la posibilidad de realización de determinada “actividad que produzca una pérdida irreparable de valores naturales”.

Partiendo de la sospecha de que la inclusión de esta nueva medida haya podido encontrar fundamento o, al menos, un mero apoyo en la situación de crisis económica en la que se ha gestado la Ley de 2013, hemos de plantearnos si la compra de créditos de conservación simplemente sería una medida más para minimizar el daño cuando sea más práctico llevar a cabo la actuación ambientalmente favorable en otro lugar diferente al de implementación del proyecto o puede llegar a convertirse en una medida fundamentadora de una licencia para causar impactos ambientales irreversibles.

I. COMPENSACIÓN DE IMPACTOS MEDIANTE ADQUISICIÓN DE CRÉDITOS DE COMPENSACIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL ESPAÑOL.

1. La adquisición de créditos originados por bancos de conservación en la LEA como forma de compensación de impactos ambientales.

Al admitir en la LEA la compensación como forma de corrección de impactos ambientales de actividades se parte de la idea de que la actuación que se pretende llevar a cabo va a suponer un efecto adverso (negativo) sobre el medio ambiente que, aunque previsto, es aceptado y no va a ser reparado *in situ*, por lo que se pretende minimizar el impacto que se va a causar con otra actuación (o costeando otra actuación previa) que, por su efecto positivo sobre el medio, compensa en cierto modo el perjuicio que supone dicha actuación proyectada.

Los denominados “bancos de conservación de la naturaleza”¹ son uno de los instrumentos que la normativa ha previsto para realizar tal compensación, ofreciendo una alternativa flexible para evitar la pérdida neta de biodiversidad basada en el mercado, y que pretenden que los efectos negativos ocasionados a un valor natural puedan ser equilibrados por efectos positivos generados en otro lugar. Son así el resultado de la realización de acciones que mejoran los ecosistemas en un determinado emplazamiento, ya sea mediante la creación, mejora, restauración o conservación de ese determinado ecosistema². Su objetivo, por lo tanto, es la búsqueda de la eficiencia neta; es decir, del logro de un balance positivo entre el efecto adverso generado por una acción y el positivo generado por la actuación mediante el intercambio de los créditos que los representan, a modo de compensación.

Los créditos ambientales, o créditos de conservación o de compensación³,

¹También reciben otros nombres como “bancos ambientales”, “bancos de mitigación”, “bancos de hábitats” o “bancos de biodiversidad”, si bien con connotaciones diversas.

² Sobre la evolución, funcionamiento y operativa de los bancos de mitigación en EEUU véase GARDNER, R.C. “Banking on entrepreneurs: wetlands, mitigation banking, and takings”, *Iowa Law review*, núm. 81, págs. 527 a 587.

³ El modelo operativo de la compensación ambiental a través de los créditos ambientales es, en teoría, sencillo: una actuación de conservación, mejora o creación de un ecosistema o de un recurso natural realizada por particulares o empresas (por ejemplo, reforestar un parque, recuperar una especie en peligro, limpiar una zona contaminada, etc.) se valora y representa

serían entonces títulos, otorgados por una entidad⁴, que cuantifican los valores ambientales generados o conservados en los terrenos adscritos a un banco de conservación, convirtiéndose así en unidades de valor ambiental intercambiables⁵. Estos créditos pueden ser adquiridos por el promotor de una actividad económica que produce o va a producir un deterioro o destrucción de un activo natural existente, en determinadas circunstancias reguladas, por un precio equivalente, en términos ecológicos, al valor en que se cuantifica el daño que se va a causar. Así, el crédito de compensación es una forma de objetivación del daño, o al menos de intentarlo.

La LEA, en su disposición adicional octava, admite la posibilidad de compensar impactos ambientales adquiriendo créditos de conservación procedentes de bancos de la naturaleza, estableciendo que la resolución administrativa que crea dichos bancos describirá las actuaciones concretas en que consiste esa creación o mejora de valores naturales e identificará la finca sobre la que se realizan, obligándose a los titulares de los terrenos afectados por los bancos de conservar los valores naturales creados o mejorados impidiéndose que dichos terrenos se destinen a usos incompatibles con los citados valores naturales. Asimismo, dicha resolución administrativa el número de créditos que la Dirección General competente otorgue a los titulares de los terrenos de acuerdo con criterios técnicos expresos.

Con la introducción de esta posibilidad compensatoria, la LEA positiviza así el principio de “no pérdida neta” al considerar como objetivo el “que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos

en créditos ambientales, que se monetarizan y se atribuyen a un banco de conservación. Estos créditos se inscriben en un registro controlado por la Administración. Con las mismas unidades de medida, se valora un impacto o un daño ambiental. Y los créditos obtenidos de la mejora del ecosistema en cuestión son utilizados, cuando se compran al banco, por parte de los promotores de actividades impactantes para compensar el impacto evaluado causado por sus proyectos.

⁴La entidad supervisora de los bancos de conservación, en nuestro caso, es el MAGRAMA, a quien la LEA encarga la función de otorgar al promotor del banco de conservación una serie de créditos ambientales que éste puede vender a quien va a generar el impacto ambiental con su actuación.

⁵ Esta figura tiene su origen en las corrientes economicistas norteamericanas de la segunda mitad del siglo XX, que aportaron la idea novedosa de la posibilidad de que la contaminación, como fallo del mercado, pudiera corregirse a partir de la creación de un mercado sobre elementos ambientales basado en el comercio de derechos a contaminar transferibles dentro de una cantidad máxima de emisiones limitada por el número de certificados emitidos. Véase, por ejemplo, la teoría de DALES, J.H., en *Pollution, Property and Prices*, University of Toronto Press, Toronto, 1968. Esta teoría influyó en la Environmental Protection Agency (EPA) y quedó plasmada en la Clean Air Act de 1970 y en la sección 404 de la Ley Federal de Aguas de 1972 (Federal Water Pollution Control Act, conocida posteriormente como la Clean Water Act). Ésta última contemplaba la compensación de los impactos a los humedales (wetlands) mediante la creación de “bancos de mitigación” basados en créditos con los que se valoraban y representaban trabajos previos de recuperación, mantenimiento o generación de ecosistemas equivalentes. A partir de entonces hay un proceso regulatorio basado en el objetivo de “No net loss” (“Sin Pérdida Neta”), culminando en 1995 con la aprobación por la EPA y The Army Corps of Engineers (The Corps), de la *Guía para el establecimiento uso y operación de los bancos de mitigación* -Federal Guidance on the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks, 60 Fed. Reg. 58.605, conocida como The Guidance o la Mitigation Banking Guidance, que constituyó la original regulación práctica de los bancos de mitigación junto a un Memorandum of Agreement, de 1993, la In-Lieu-Fee Guidance, de 2000, y la Regulatory Guidance Letter, de 2002.

positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente”.

La cuestión más problemática puede devenir, sin embargo, de lo dispuesto en el apartado 5, en cuanto que establece la posibilidad de transmisión de dichos créditos otorgados para cada banco en régimen de libre mercado, facilitando incluso el comercio de títulos mediante su inscripción en un Registro público, compartido y único en todo el territorio nacional, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

2. La necesidad de reinterpretación de los principios generales informadores del Derecho ambiental para la admisión de esta figura en el sistema de evaluación ambiental.

La interpretación tradicional de los principios generales del Derecho ambiental supondría la exclusión inmediata de la posibilidad de admitir la compra de créditos de conservación como mecanismo para compensar daños ambientales, ya que admitir un perjuicio sobre el medio supondría una confrontación de plano con determinados principios como el de no regresión, el de prevención, el de cautela o el de restauración ambiental.

Así, por ejemplo, desde la perspectiva del *principio de protección y mejora del medio ambiente*, y su derivación, el *principio de no regresión*, vincula la protección ambiental al estado de referencia a efectos de responsabilidad, siendo tal referencia el estado actual de los recursos naturales, lo que supondría no poder admitir su perjuicio. O, en cuanto al *principio de prevención*, admitir la posibilidad de un efecto ambiental adverso irreparable a la hora de emitir la declaración ambiental en el procedimiento de evaluación ambiental puede suponer un quebranto de la finalidad de la EA.

Por ello, para entender que no existe enfrentamiento entre estas medidas y dichos principios, es preciso reinterpretarlos en ponderación con el novedoso *“principio de no pérdida neta de biodiversidad”*⁶, que impone entender que la protección del medio ambiente ha de considerarse en función de valores “netos” y desde una perspectiva ecológica. Lo que se pretende “prevenir” o corregir será esa pérdida neta de biodiversidad derivada de la realización de un proyecto soslayando con medidas compensatorias las consecuencias jurídicas contrarias al desarrollo del proyecto que tendría una prevención del impacto mediante las técnicas habituales. De este modo, el *principio de desarrollo sostenible*, se entenderá en el sentido de considerar “sostenible” todo aquello que no supone una pérdida “neta” de valor ambiental, dando entrada a la técnica. Con esta medida, se considerará sostenible y, por lo tanto, merecedor de una evaluación ambiental positiva, aquella actividad que, aunque conlleve un efecto ambiental adverso irreparable en un lugar determinado, pueda compensar la funcionalidad ambiental perdida por el recurso dañado o el

⁶ Clara copia del “No net loss” norteamericano, al que se hace expresa referencia ya en nuestra normativa: Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la citada Ley 42/2007. Este Plan parece proveer una clara preparación de las bases de un nuevo sistema de compensación a través de herramientas de mercado en nuestro Derecho al incluir entre sus principios el de “no pérdida neta”.

servicio ambiental que éstos dejan de prestar con una actuación positiva, de signo contrario, en otro sitio.

Y también desde la perspectiva reparadora o correctora implicaría la introducción en nuestro Derecho de la teoría de que “quien provee, cobra”⁷, y el *principio de restauración ambiental* conllevaría la necesidad de contemplar la adquisición de créditos de conservación no ya desde la perspectiva de la reparación in natura, sino desde una perspectiva de la restauración en sentido amplio, como recuperación de la funcionalidad ambiental que mantiene la teoría ecologista, que considera al medio ambiente como un sistema interrelacionado, y partiendo de una concepción integral o integrada del medio ambiente y ecológica en la que cobra protagonismo esa funcionalidad ambiental y el “saldo ambiental neto” del servicio ambiental frente al recurso concreto o el lugar del impacto. Desde esta óptica, cuando no es posible recuperar la funcionalidad ambiental perdida de forma inmediata, es conveniente que el responsable realice otras actividades en otro ámbito que aporten una funcionalidad ambiental equivalente a la perdida, introduciendo mejoras en el ecosistema que compensen las pérdidas⁸.

II. LAS NUEVAS NECESIDADES REGULATORIAS DERIVADAS DE LA ADMISIÓN DE ESTA FIGURA Y EL PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. El protagonismo del principio de proporcionalidad.

La insuficiente regulación legislativa actual, unida a la falta aún de un desarrollo reglamentario de esta materia, se traducen en una serie de sombras respecto a la implementación de esta figura y de los requisitos o criterios para su aplicabilidad.

Si bien existe cierto paralelismo funcional respecto al mercado generado por los derechos de emisión de GEI de Kyoto, en el caso del comercio de créditos de compensación previsto ahora en la LEA encontramos una diferencia básica de gran importancia: no hay una asignación administrativa previa de un límite de títulos ni un límite cuantitativo debidamente regulado y previamente

⁷De este modo, la Ley considera necesario generar incentivos para que los propietarios de fincas en las que se concentra la biodiversidad puedan obtener ingresos por su conservación. No obstante, la propia ley es cauta a la hora de plantear la aplicación de este principio en relación a los pagos compensatorios homogéneos basados en el cálculo del lucro cesante, ya que éstos no siempre garantizan la adecuada conservación de la biodiversidad en áreas marginales, según expresa la Ley en su exposición de motivos. Así, por ejemplo, el artículo 73 de la Ley 42/2007 insta a regular incentivos para retribuir las externalidades positivas en espacios naturales y con acuerdos de custodia. Los acuerdos de custodia del territorio ofrecen una función muy cercana a la de los bancos de conservación, que culminan la estrategia denominada “custodia del territorio”, que pretende la implicación de los propietarios y usuarios en la conservación y el uso del territorio acorde con los valores y los recursos naturales. La custodia del territorio promueve acuerdos de custodia (voluntarios) entre un propietario y una entidad de custodia u otros agentes públicos o privados para pactar el modo de conservar y gestionar un territorio en consonancia con la protección de sus valores naturales.

⁸En este sentido, véase CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004, pág. 279, acerca de la compensación de efectos ambientales negativos mediante la realización de acciones de efecto inverso como modalidad de restauración ambiental y sobre la insuficiencia de las previsiones normativas sobre evaluación de impacto ambiental.

evaluado y valorado por el regulador, como en el caso de las emisiones, en el que se produce una posterior reasignación por el mercado de dichos títulos, admitiendo su transmisión total o parcial y no dentro de unos márgenes de asignación previstos por la normativa, sino dentro de los límites expresamente establecidos por la Administración en el procedimiento de evaluación ambiental. Habrá de ser el órgano ambiental, por lo tanto, el que valore y determine (imponga), a la vista del proyecto presentado, el número de créditos necesarios para compensar el efecto adverso que dicho proyecto conlleva. Se negocia así con los créditos que representan los beneficios ambientales creados por unos y los que representan el derecho a destruir, por lo que, realmente, lo que se genera es un verdadero mercado del impacto ambiental.

Probablemente, si se recurre a este sistema para compensar impactos sobre bienes ambientales sustituibles, la utilización de las medidas compensatorias no sería especialmente problemática. En tales casos la adquisición de créditos de conservación o la realización de actividades complementarias o compensatorias en otro lugar van a suponer la recuperación neta de la funcionalidad perdida en el lugar del proyecto y simplemente van a proporcionar comodidad y rapidez a la evaluación ambiental en curso. Sin embargo, la funcionalidad o la mayor aplicabilidad de esta medida parece venir orientada a los supuestos en que el proyecto tenga efectos sobre bienes ambientales irrecuperables, normalmente situados en espacios protegidos. Ello es previsible si tenemos en cuenta que la compensación pretende precisamente lograr un equilibrio en el balance ecológico porque se va a perder biodiversidad o funcionalidad ambiental en un lugar en el que no puede recuperarse o no es eficiente hacerlo⁹.

Por ello, en atención al valor de los bienes, recursos o servicios ambientales que pueden verse afectados por los proyectos en virtud de la pretensión compensatoria, sería conveniente delimitar la aplicabilidad de los créditos de conservación excluyendo de esta posibilidad aquéllos bienes o recursos de gran valor ambiental o especial singularidad. Desde este punto de vista, sin embargo, es posible que la utilización de los créditos de conservación como medida compensatoria sea de menor aplicabilidad, si se imponen tales límites, y se recurra a ella sólo de forma muy excepcional.

Aunque en la LEA debería haber quedado resuelto o, al menos, haberse ofrecido más claves para hacerlo, la normativa reglamentaria y la jurisprudencia deberán ofrecer criterios de definición de esas “razones imperiosas de primer orden, incluidas razones de índole social o económica” a que se refiere el artículo 45.5 de la Ley 42/2007 como excepciones a la determinación de la improcedencia de proyectos que ocasionen daños irreversibles sobre aspectos ambientales significativos, y marcar límites éticos y jurídicos pues, en la LEA, estos límites a la compensación no quedan claros, ocasionando por lo tanto, falta de seguridad jurídica.

⁹ En tal sentido, hemos de partir por lo tanto del hecho de que, a través de esta medida, los recursos, bienes o servicios ambientales que van a verse implicados seguramente tendrán un importante valor ecológico digno de protección y regulado especialmente. La remisión de la LEA a la Ley 42/2007 y las referencias a la garantía de la coherencia de la Red Natura 2000 y a la necesaria supervisión y aprobación de los órganos competentes en su protección son suficiente argumento para partir de esta premisa.

En definitiva, creemos que el recurso a las medidas compensatorias y sus limitaciones han de ser regulados de forma mucho más precisa y detallada y con una importante base interpretativa en el principio de proporcionalidad, que ha de adquirir un papel protagonista y principal¹⁰, para evitar un uso indebido de este instrumento por parte de los operadores. Conforme a dicho principio, creemos que habrá que encontrar una adecuación entre esas “razones imperiosas” y el daño ambiental que se va a causar y las posibilidades reales de compensación del mismo, valorándose la singularidad de los bienes afectados, y en la que adquirirá un importante papel el planeamiento de protección de los bienes que exista. Además, únicamente servirá la adquisición de créditos de conservación como medida compensatoria de un efecto ambiental adverso si existe una relación de adecuación entre el perjuicio ambiental ocasionado por el proyecto y el beneficio generado por el banco de conservación.

Por lo tanto, dos son los aspectos de interés a valorar en la aplicación de estas medidas compensatorias desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Por un lado, serán desproporcionadas, y no podrán aplicarse si no existen esas “razones imperiosas de interés público de primer orden”, y además sean más imperiosas que la necesidad de preservar el recurso, que justifiquen el desarrollo de la actividad dañina. Y, por otro lado, debe haber una equivalencia (“equilibrio” dice la D.A. 8ª) entre los créditos en que se valora el efecto adverso llevado a cabo por el proyecto y los adquiridos en los que se valora el beneficio ambiental generado por el banco de conservación, de tal modo que la adquisición de créditos ha de estar en proporción al daño generado. En consecuencia, el crédito (la patrimonialización del daño ambiental) ha de reflejar adecuadamente el valor ambiental que trata de representar, y de forma equivalente o proporcionada tanto en relación al beneficio generado por el banco como al perjuicio que conlleva el proyecto. Si no existe una equivalencia adecuada entre un valor y otro se producirá un mercado especulativo que termine desvirtuando la medida. La virtud de esta proporcionalidad se traducirá en el hecho de que, si es equivalente o proporcional, la empresa buscará el nivel de impacto óptimo, para no tener que compensar en otro sitio. Si existe desproporción y sale “barato” contaminar en relación a los créditos que ha de adquirir, la empresa que desarrolle el proyecto preferirá adquirirlos, pensando en el beneficio, antes que realizar actuaciones de reparación in situ. Pero, si complejo es valorar el potencial ecológico de los terrenos, más complejo es valorar económicamente el daño ambiental en muchas ocasiones y concretar tales valores en créditos, sobre todo porque a veces no cabe la compensación, por ejemplo, de una hectárea por otra, si se trata de suelos con valores medioambientales distintos¹¹ y hay en juego otros elementos de valoración no tenidos en cuenta.

¹⁰ El requisito de proporcionalidad entre la mitigación y el impacto de la actividad es objeto de intenso tratamiento en las sentencias de la U.S. Supreme Court, en el caso *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987) y, sobre todo, en *Koontz v. Saint Johns River Water Management District*, 133 S. Ct. 2586 (2013). Encontramos un interesante comentario sobre la segunda en THOMAS y JOHNSON, “Turning Koontz into an opportunity for more resilient communities”, *Environmental Law Institute*, marzo-abril 2014, págs. 14 a 17.

¹¹ Por ahora, la única referencia normativa para tal estimación es recurrir a la legislación de responsabilidad ambiental. En el anexo II del Reglamento, (apartado V. *Estimación de las ganancias de recursos naturales o de servicios de los recursos naturales obtenidas mediante la*

Desde la perspectiva de la Economía, por otra parte, cuando no se autoriza un proyecto por razones ambientales se pierde el beneficio económico que supone el proyecto pero se gana el beneficio económico del servicio ambiental que prestan los recursos naturales que se iban a destruir y que, en ocasiones, puede ser superior o muy superior al que supone implementar el proyecto, generándose las externalidades en el supuesto en que se decida desarrollarlo sacrificando para ello el medio ambiente.

2. La necesidad de definición del control público del sistema.

Lo expuesto en el punto anterior nos lleva a plantearnos el debate acerca de si el comercio de créditos de conservación debe estar regulado y controlado por la Administración y limitado a un mercado primario o si puede o debe abrirse a los mercados secundarios, como parece permitir la LEA y la Administración simplemente efectuar un seguimiento de éstos.

Por ahora, la LEA ha dejado pendiente de regulación reglamentaria las cuestiones más operativas del sistema, por lo que únicamente quedan claras algunas funciones administrativas formales¹², por lo que aún no están adecuadamente reguladas y hubiera sido conveniente incluir entre las cuestiones tratadas en la LEA, entre otras, atribuciones administrativas referidas a la necesidad de enmarcar las medidas compensatorias en la planificación (entendemos imprescindible que las medidas compensatorias se adopten, cuando hay en juego valores ambientales singulares y protegidos, conforme a las disposiciones del correspondiente plan de protección y en el ámbito territorial de aplicación del mismo, prioritariamente); la atribución a la Administración de una actividad “generalizada” de control del sistema a través de la evaluación ambiental y no sólo respecto de aquellas medidas compensatorias que sean necesarias para garantizar la coherencia global de Red Natura 2000, como actualmente hace la LEA; la forma de compatibilizar este instrumento con la responsabilidad, sobre todo en el caso de que la medida compensatoria resulte inadecuada, desproporcionada o no suficiente para lograr una restauración compensatoria integral, si pretendemos evitar cualquier externalidad; o la definición del ámbito territorial, material y temporal de aplicación de las medidas compensatorias.

Especialmente en este sentido, también se plantea la cuestión de a qué espacios se van a aplicar y si tiene incidencia la naturaleza del bien ambiental en liza. En cuanto a espacios naturales protegidos, hay que tener en cuenta que muchos espacios protegidos son de propiedad privada, con una limitación de los usos y de la propiedad por sus valores naturales. La compensación mediante la adquisición de créditos de conservación puede convertirse en un sistema de indemnización a los propietarios de estos terrenos afectados por

reparación complementaria o compensatoria) se establece una “metodología para el cálculo de las medidas de reparación complementaria y compensatoria”, que básicamente se fundamenta en los criterios de equivalencia. En el apartado 2 del punto V y en el apartado VII.1 se hace referencia a la forma de calcularlos y a la aplicación de los criterios de equivalencia valor- valor y valor-coste, que se llevará a cabo mediante el empleo de las técnicas de valoración que ofrece el análisis económico.

¹²Deducidas del tenor de la disposición Adicional 8ª citada y de los artículos 52 y 55.3 de la LEA.

una declaración de protección, dado que, salvo la expropiación forzosa en algunas comunidades, no hay un instrumento jurídico genérico y claro para lograr tal compensación (principio “si conservo cobro”).

CONCLUSIONES:

Primera.- La posibilidad del recurso a los créditos de conservación de la naturaleza como forma de compensación de daños ambientales es ya una realidad en nuestra normativa de evaluación ambiental, aún sin desarrollar pero extremadamente necesitada de dicho desarrollo normativo. Se trata, por lo tanto, de una regulación muy escueta para un instrumento tan complejo, pues se obvia todo lo relativo a las condiciones de intercambio, metodología o criterios de valoración de los créditos, regulación del mercado, etc, si bien se remite a desarrollo reglamentario para el tratamiento de algunas de estas cuestiones. Sin embargo, creemos que hubiera sido interesante que la Ley especificara el objeto (hábitats, humedales, red Natura 2000, o recursos naturales en cuestión) y hubiera ofrecido una definición legal, siquiera básica, del crédito de conservación, en la que se explicara exactamente qué es lo que representa.

Segunda.- Hasta que se produzca tal desarrollo, se plantean diversas cuestiones. La primera de ellas es el carácter discrecional o reglado de dicha posibilidad. Entendemos que la Ley de Evaluación Ambiental configura la decisión sobre si se adoptan las medidas compensatorias como una decisión reglada que cabría sólo si se dan los requisitos normativos previstos y si, específicamente, se cumple la denominada “jerarquía de mitigación”¹³, que supone la justificación de la inexistencia de otras soluciones prioritarias. También desde la perspectiva del principio de restauración ambiental, basado fundamentalmente en la reparación in natura, la reparación por compensación ha de entenderse como subsidiaria de la reparación primaria. Únicamente cuando la restauración ambiental sea imposible habrá que acudir a la reparación por compensación mediante actuaciones alternativas, equivalentes o sustitutivas que puedan equilibrar la situación.

Tercera.- En relación a este carácter reglado del empleo de los créditos de conservación, las “razones imperiosas de interés público de primer orden”, que motivan el recurso a esta modalidad de compensación, serían un concepto jurídico indeterminado, que habrá de concretarse técnicamente bajo los postulados del principio de proporcionalidad, que adquiere especial relevancia. También la valoración o reducción a título valor (crédito) que se haga del impacto o efecto adverso de la actividad (el número y el valor exacto del crédito) sería otro concepto jurídico indeterminado a concretar asimismo tras

¹³ Desde la perspectiva de la experiencia estadounidense, la legislación federal de aguas establece una “jerarquía de mitigación” como principio que conlleva la obligación del promotor del proyecto de poner todos los medios necesarios a su alcance para evitar el daño, y en caso de no poder evitarlo, minimizarlo, antes de poder acceder a la compra de créditos. Vid. también, al respecto, CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Ed. LGDJ, París, 1981, pág 333, al referirse a la necesidad de mantenimiento de órganos dedicados a la restauración ambiental: réparation en nature o compensation en nature (lorsque la première est impossible en raison de l'irréparabilité du préjudice).

una actividad técnica de valoración contrastada y controvertida en el procedimiento de evaluación ambiental, a modo semejante al de la determinación del justiprecio en la institución expropiatoria. La valoración del crédito se convierte así en el nudo gordiano del funcionamiento del sistema de compensación de los bancos de conservación. Cómo se valoran los bienes y servicios ambientales que antes se consideraban extracomercium y cómo se calcula la aportación que debe hacer el promotor de la actividad, teniendo en cuenta también los efectos beneficiosos de la misma para el interés general, son cuestiones que requieren de una categorización normativa si queremos evitar inseguridad jurídica.

Cuarta.- La admisión de esta posibilidad compensatoria en los procedimientos de prevención ambiental requiere una reinterpretación de algunos de los principios generales del derecho ambiental fundamentada en la consideración del medio ambiente desde perspectivas ecológicas (como sistema interrelacionado) y en ponderación con un nuevo principio, traducción del “no net loss” americano, que consiste en observar la protección ambiental desde valores netos y balances entre funcionalidades ambientales positivas y negativas.

Quinta.- Queda aún por definir una cuestión trascendental, cual es el papel de la Administración en el sistema, y explorar las diferentes posibilidades que puede ofrecer para cuestiones tan importantes como la resolución de desigualdades generadas por el planeamiento de protección a los propietarios de bienes afectados o para la efectividad de la aplicación de un futuro principio “quien descontamina cobra”.