



ARANZADI

REVISTA ARANZADI
DE
DERECHO AMBIENTAL

2

THOMSON



ARANZADI

2002

LOS SUELOS CONTAMINADOS: OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO Y DERECHO DE PROPIEDAD

JOSÉ M^a BAÑO LEÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

«She has vassals to attend her. She will bring, in spite of frost, Beauties that the earth hath lost».
John Keats

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS REGLAS BÁSICAS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE SUELOS CONTAMINADOS

1. Aspectos generales.
2. La declaración de suelo contaminado: competencias de la Comunidad Autónoma y del Estado.
3. La declaración de suelo contaminado: los distintos obligados al saneamiento. La diferencia entre los títulos de imputación.
4. La responsabilidad por conducta.
5. La responsabilidad del poseedor o propietario. Problemas constitucionales.
6. Breve noticia sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 16 de febrero de 2000 que anula por inconstitucionales dos decisiones administrativas sobre saneamiento de suelo.
7. El problema de la retroactividad de la ley: Su impacto sobre los dos tipos de responsabilidad analizados.
 - 7.1. El necesario efecto retroactivo de la Ley.
 - 7.2. Algunas precisiones sobre la noción constitucional de retroactividad.
 - 7.3. La retroactividad en la responsabilidad por causación de la contaminación.
 - 7.4. La retroactividad en la exigencia de responsabilidad objetiva subsidiaria al propietario o poseedor.
8. Los obligados al saneamiento de los suelos: aspectos no previstos en la Ley y que limitan su eficacia.
 - 8.1. El transmitente de mala fe.
 - 8.2. La transmisión entre empresas de un mismo grupo o con ánimo de defraudar la obligación de saneamiento.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en 1980 se destapara en EE UU el grave problema de los suelos contaminados, en un «crescendo» incesante, la legislación de todos los países occidentales ha reaccionado para mitigar el problema, de gravedad extraordinaria por los efectos nocivos para la salud y el equilibrio ecológico, así como por los importantes costes que implica la limpieza de estos suelos.

La Ley 10/1998 (RCL 1998, 1028) de Residuos, reaccionó con relativa prontitud. Nueve años después de la promulgación de la CERCLA norteamericana¹ el legislador español dispuso la regulación básica sobre la materia. Otra cosa bien distinta es que la normativa vigente cumpla los requisitos mínimos para aspirar a aplicarse efectivamente. Nuestra conclusión, que sintéticamente adelantamos al lector es la siguiente: la legislación española adolece de graves defectos que la harán difícilmente eficaz, si algún día

1. Sobre el contexto en el que aparece la *Comprehensive Environmental Response Compensation, and Liability Act* de 1980 —el famoso caso del «Love Canal»— vid. RODGERS, W. H., Jr.: *Environmental Law*, 2ª ed. St. Paul MINN. 1994, pgs. 680 y ss. Se encontrará allí una detallada relación de la influencia que la aparición del caso en la televisión en las horas de máxima audiencia —incluida la visita de la actriz Jane Fonda— provocó en la regulación legal. Un buen resumen de la cuestión en NÚÑEZ VALLS, Juana M. y RAMÍREZ SIERRA, José A.: «La responsabilidad en la contaminación de suelos: el sistema norteamericano creado en la CERCLA», *Revista De Derecho Ambiental*, núm. 24, 2000. También ofrece buena información sobre la aplicación de la CERCLA, SANZ SALLA, C. O.: *La gestión de los residuos en la industria cerámica*. Valencia, 2002, pgs. 243-275.

se aplica realmente. Hasta el momento, desde luego –con una única excepción en lo que nos consta² la falta de aplicación efectiva es un mal síntoma.

Para desarrollar nuestro trabajo haremos, primero, una breve descripción de la regulación legal, induciendo sus bases; luego confrontaremos la normativa con la regulación constitucional de los derechos patrimoniales; finalmente, propondremos las mejoras técnicas que, a nuestro juicio, son imprescindibles para que jurídicamente pueda disponer la Administración de medios para conseguir la descontaminación de estos suelos.

II. LAS REGLAS BÁSICAS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE SUELOS CONTAMINADOS

1. Aspectos generales.

Los artículos 27 y 28 de la Ley de Residuos (RCL 1998, 1028) regulan el régimen de los suelos contaminados y las personas obligadas a su limpieza, sobre la base de una amplia responsabilidad. La normativa puede reducirse a las siguientes reglas de principio:

1ª) La declaración de suelo contaminado, que se concibe como un acto administrativo declarativo, a partir del cual pueden desplegarse los efectos jurídicos, en particular, la exigencia de responsabilidad.

2ª) La previa publicación de un catálogo de sustancias contaminantes que debe hacer el Estado, a iniciativa de las Comunidades Autónomas.

3ª) La responsabilidad principal del causante de la contaminación y subsidiariamente del poseedor o propietario de los suelos para ejecutar a su costa las obras y demás servicios necesarios para el saneamiento de los suelos.

4ª) La posibilidad de anotación preventiva en el Registro de la propiedad de la declaración administrativa de suelos contaminados.

5ª) La imprevisión, muy llamativa, sobre los medios de financiación cuando el saneamiento a costa de los particulares no sea posible o resulte fallido.

6ª) La previsión de convenios entre la Administración y los responsables de la financiación para repartir los costes.

Este somero repaso no puede concluir sin una referencia a la acción administrativa en esta materia, que se ha desarrollado antes y durante la vigencia de la Ley de Residuos, sin otra cobertura que las previsiones presupuestarias y que supone la identificación y saneamiento por parte de la Administración Pública de algunos suelos. Nos referimos al Plan nacional de recuperación de suelos contaminados (PNRSC) de 17 de febrero de 1995, que prevé las condiciones de cofinanciación con las Comunidades Autónomas y en el que figuran junto a los suelos identificados, los «emplazamientos recuperados». Resulta llamativo desde luego que este plan discorra en paralelo a las previsiones de la Ley, de modo que puede decirse que, hasta el momento, los únicos suelos recuperados lo han sido a costa del contribuyente.

Es igualmente importante notar que el ordenamiento español, a diferencia del norteamericano, no ha dispuesto de una financiación pública especial (en EE UU la constitución de un fondo sufragado con impuestos especiales a la industria química y a los productos del petróleo). Lo cual implica un importante matiz en la forma de abordar el problema. Mientras en Norteamérica primero se procede al saneamiento con fondos públicos y luego se reclama («shovels first, lawyers later»), en España se parte de la directriz contraria: conseguir que sean los responsables quienes ejecuten a su costa las operaciones de limpieza.

2. La declaración de suelo contaminado: competencias de la Comunidad Autónoma y del Estado.

En el vértice de la Ley aparece el acto administrativo de declaración de suelo contaminado. La Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente declarará, previa audiencia de los interesados, que un determinado suelo está contaminado y ordenará las medidas necesarias para su limpieza a costa de los responsables.

2. Vid. infra en el texto la referencia a la SSTJ de Galicia de 13 de marzo de 2002 (RJCA 2002, 578).

La Ley, sin embargo, atribuye al Estado con carácter previo a aquella declaración, «la fijación de los criterios y estándares que, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos se determinen por el Gobierno», una vez consultadas las Comunidades Autónomas.

Hasta el momento, el Estado se ha limitado —como nos consta— a establecer un Plan Nacional de recuperación de suelos contaminados, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de febrero de 1985, pero se trata exclusivamente de un acuerdo orientado hacia la cofinanciación entre Estado y Comunidades Autónomas. Es decir, todavía no se han fijado definitivamente los criterios y estándares que permitirán a las Comunidades declarar la existencia de un suelo contaminado. De manera que desde la entrada en vigor de la Ley de Residuos hace tres años, no se ha puesto en marcha el principal mecanismo que puede hacer posible la imputación de responsabilidades a los causantes de la contaminación del suelo o, subsidiariamente, a los propietarios o poseedores. Cabe plantearse, entonces, si las competencias de las Comunidades Autónomas quedan virtualmente inermes ante la falta de desarrollo de la Ley por el Estado. Y en este sentido resulta bien notable la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia de 13 de marzo de 2002 (RJCA 2002, 578) que, por vez primera, se enfrenta jurídicamente a este problema. La Comunidad Autónoma gallega, pese a la falta de ejercicio de su competencia por el Estado, estableció mediante Decreto 263/1999, de 30 de septiembre (LG 1999, 337 y 353), la concentración límite en suelos afectados por vertidos de hexaclorociclohexano (HCH) y posteriormente declaró el 8 de octubre de 1999, suelo contaminado, unos terrenos del polígono de Torneiras en Porriño (Pontevedra).

La empresa afectada adujo, entre otros motivos que aquí no interesan, que la Xunta de Galicia carecía de competencia al reservarse al Estado la fijación de los criterios y estándares básicos, según ya vimos establece la Ley de Residuos. La Sentencia, sin embargo, observa que la competencia en materia ambiental de las Comunidades Autónomas les permite dictar normas adicionales de protección. En consecuencia si el Estado no ha dictado los criterios o estándares básicos, nada impide que la Comunidad Autónoma disponga los suyos, pues siempre podrían complementar los del Estado. La Sala llegó «a la convicción de que lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio-ambiente, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que los complementan y lo desarrollan con la ejecución, sin fisura alguna del entero grupo normativo». Y añade perspicazmente a continuación que el criterio del estándar mínimo de protección susceptible de ser elevado con arreglo al orden constitucional de competencias, es también el que juega en la Unión Europea, concluyendo certeramente que, de aceptarse la tesis sostenida por la empresa se llegaría al «absurdo de impedir a las Comunidades Autónomas la actuación entretanto de sus competencias en la materia con la fijación de normas adicionales de control, obligando correlativamente, a quienes generan la contaminación a llevar a cabo las labores de limpieza y recuperación del suelo afectado».

Puede añadirse al razonamiento de la Sala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene declarado desde antiguo que la falta de ejercicio de una competencia básica del Estado no impide la legislación de desarrollo de la Comunidad Autónoma, interpretación de la Constitución fundada precisamente en el respeto al ámbito competencial exclusivo, aunque sea de desarrollo, de las Comunidades Autónomas cuyas competencias, de otra manera, quedarían totalmente al albur del Estado³.

Importante Sentencia que da un paso decisivo para que la Ley pueda ser operativa y que pone aún más de relieve el interés del estudio de la responsabilidad derivada de la declaración de suelos contaminados, aspecto donde la Ley se juega casi todo su crédito: decisivo es para el éxito de la Ley que el saneamiento de los suelos contaminados no pese exclusivamente sobre los contribuyentes. La mejor profilaxis para este tipo de actuaciones es justamente que quienes pueden beneficiarse de la actividad contaminadora hagan frente a los costes que comporte la limpieza.

3. Desde las Sentencias 32/1981, de 28 de julio (RTC 1981, 32) y 1/1982 de 28 de enero (RTC 1982, 1), el Tribunal Constitucional tiene dicho que la Comunidad Autónoma «no está obligada a esperar la legislación básica post-constitucional, pero sus disposiciones legales o de rango inferior deberán respetar en todo caso no sólo los principios que inmediatamente se derivan de la Constitución sino también las bases (en sentido material) que se infieran de la legislación preconstitucional». Un ejemplo en el Derecho ambiental es la Ley catalana 3/1998 (RCL 1998, 936 y LCAT 1998, 151); que desarrolla la directiva europea de control integrado de la contaminación, dictada mucho antes de que se promulgara la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio (RCL 2002, 1664), que tiene carácter básico, conforme a la disposición final sexta. Sobre el tema, cfr. REVUELTA PÉREZ, Inmaculada: «El procedimiento de control integrado de la contaminación»; en *Tesis Doctoral*. Valencia, 2002.

3. La declaración de suelo contaminado: los distintos obligados al saneamiento. La diferencia entre los títulos de imputación.

La resolución administrativa declarativa de la existencia de un suelo contaminado obliga «a realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación, en la forma y plazos que determinen las respectivas Comunidades Autónomas», conforme al artículo 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril (RCL 1998, 1028), Ley de Residuos (LR).

Esta obligación de hacer que, por lo común, comporta cuantiosos costes económicos, pesa, previo requerimiento de la autoridad autonómica competente, sobre los causantes de la contaminación solidariamente y, subsidiariamente, sobre los poseedores de los suelos y en caso de que éstos no puedan responder, por los propietarios no poseedores, todo ello conforme al artículo 27.2 de la Ley de Residuos. Aunque en rigor sea innecesario, por prescribirlo así el artículo 98 de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), el artículo 36.3 LR recuerda que, en el supuesto de que los obligados a hacerlo no procedieran a las labores de limpieza y recuperación de suelos contaminados, podrá procederse a la ejecución subsidiaria por cuenta de aquéllos.

De manera sumaria el precepto mezcla dos tipos de responsabilidad bien distintos y deja al albur del intérprete la cuestión, siempre delicada, de la retroactividad. Y es que, efectivamente, no sólo existe una responsabilidad directa del causante y subsidiaria del poseedor o del propietario. La jurídicamente relevante es que los títulos de imputación en virtud de los cuales unos y otros tienen que hacer frente a la obligación de saneamiento son radicalmente distintos y encierran problemas jurídico-constitucionales de no poca envergadura, en los que podría varar la ley si no se mejora su actual redacción. Muy distinta es la responsabilidad personal de quien contamina un suelo, de la responsabilidad «propter rem» del poseedor o propietario. Aquélla es una responsabilidad por conducta; ésta es mera consecuencia de la posesión o de la propiedad, es decir, de derechos patrimoniales. El hecho de que la responsabilidad exigible a los poseedores o propietarios sea subsidiaria no altera un ápice la sustancial diferencia entre una y otra, como se analiza a continuación.

4. La responsabilidad por conducta.

Quien causa un daño de tal naturaleza al suelo que obliga a su saneamiento, responde obviamente a título de la responsabilidad «ex» artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27), expresión de la vieja máxima «neminem laede». Pues si bien el artículo 1902 del Código Civil está pensando en una víctima concreta («Quién causa un daño a otro...»), nada impide que la ley exija una obligación de reparación a quien, como consecuencia de una actividad, consciente o inconscientemente, grave el suelo con repercusiones dañosas para la salud o el medio-ambiente. Desde esta perspectiva ningún reproche jurídico cabe hacer a la ley que expresa un elemental sentimiento de equidad. Y eso aún en el caso de que quien emprendió una actividad industrial o agrícola que, con el tiempo provocó la contaminación, hubiera puesto toda la diligencia exigible e ignorara las consecuencias de su conducta. Es conocida en el mundo jurídico la responsabilidad por riesgo. Y es bien justo que el causante del riesgo, beneficiario de los posibles réditos económicos de la actividad, sea quien deba asumir la responsabilidad de su saneamiento. Ningún principio de equidad o solidaridad justificaría que se allegasen recursos públicos para solucionar un problema causado por una actividad económica privada. Al menos, con carácter general. De lo cual se infiere la justicia de la regulación y la constitucionalidad de que quienes hayan causado la contaminación limpien a su costa el suelo y subsuelo contaminados. En fin, tampoco debe pasarse por alto que la contaminación, que en rigor es del subsuelo, supone la afectación a un bien (el subsuelo) que está fuera de la esfera de la propiedad privada. De modo que encierra una lógica aplastante que el común se defienda de las perturbaciones exigiendo del responsable privado el saneamiento de lo que es de todos.

No entraré en este trabajo en el problema de la prueba de la determinación de la responsabilidad, pues a mi juicio, y más allá de las dificultades probatorias que el estado de la ciencia puede imponer, parece claro que responde tanto quien dolosamente contamina, como quien lo hace con negligencia así como quien a pesar de disponer de la mejor tecnología disponible causa la contaminación. Y es que aquí debe jugar el principio de responsabilidad objetiva por riesgo, más allá, pues, del artículo 1902 del Código Civil, y de acuerdo con las tendencias más actuales sobre el reparto del riesgo en nuestras sociedades

tecnológicas⁴. Así pues la prueba de la responsabilidad debe limitarse a la comprobación objetiva de la existencia de una relación de causa a efecto entre la actividad del sujeto responsable y la contaminación del suelo, con independencia del mayor o menor grado de conocimiento de la contaminación (en los supuestos dolosos estaríamos probablemente ante la hipótesis de un delito medio-ambiental). El título de imputación de que parte la ley claramente, siguiendo en esto el ejemplo norteamericano, es objetivo.

5. La responsabilidad del poseedor o propietario. Problemas constitucionales.

De muy distinta índole es la responsabilidad subsidiaria prevista para el poseedor o propietario que, sin tener ni haber podido tener conocimiento de la actividad que propicia la contaminación edafológica, resulta ser responsable del saneamiento de un suelo. Aquí la responsabilidad es puramente real, es decir, el simple hecho de ser el propietario o poseedor actual de un suelo que se declara contaminado es suficiente para que responda a título subsidiario, cuando se ignora quién es el causante o cuándo la acción contra aquél resulta fallida.

Innecesario es decir que si el propietario o poseedor son por cualquier título de imputación causantes de la contaminación, responden como obligados principales. De ahí que los problemas planteados por la responsabilidad subsidiaria estén íntimamente ligados a la situación patrimonial derivada de la posesión o de la propiedad; en sentido amplio a la garantía patrimonial del artículo 33 CE (RCL 1978, 2836) que da rango constitucional al derecho de propiedad y, con él, a otros derechos patrimoniales como el de posesión. Pues ciertamente si el poseedor o propietario responde subsidiariamente respecto de una conducta que le es ajena, la causa de tal responsabilidad sólo puede residir en la tenencia misma de la cosa, ya sea dueño o poseedor. Y si la delimitación que las leyes pueden hacer del derecho de propiedad tiene que ser conforme a su función social, sólo la función social de la propiedad puede justificar esta responsabilidad «propter rem», a la que, insistimos, tiene que hacer frente el poseedor o propietario actual.

Antes de examinar constitucionalmente los retos que el precepto plantea, puede resultar oportuno imaginar –lo que no es difícil– algún supuesto práctico, que nos sitúe sobre el alcance de la cuestión. El propietario de unos terrenos cedidos en arrendamiento durante treinta años, y en los que se localizó una actividad industrial que se ha extinguido hace diez, descubre, tras la oportuna notificación de la Administración, que el suelo está contaminado. Pese a las expectativas urbanísticas del antiguo suelo industrial, la Comunidad Autónoma le comunica su obligación de proceder al saneamiento con un coste –y no es exageración del ejemplo– cincuenta veces superior al valor del suelo en el mercado con su calificación de suelo urbanizable, ¿tiene alguna lógica la obligación del propietario de asumir unos costes que valen diez, quince, treinta, cincuenta o cien veces más que el valor de su propiedad? Y sobre todo ¿es admisible constitucionalmente?

La respuesta intuitiva de cualquier persona con sentido común es que ni la Constitución ni la idea misma de equidad pueden permitir semejante disparate. Pues por muchas que sean las obligaciones dimanantes del hecho de ser propietario –o poseedor– no pueden llevar al extremo de ser superiores al valor de mercado de la propiedad, lo que supone en la práctica traspasar la prohibición de confiscación proclamada en el artículo 31.1 de la Constitución.

En términos más académicos, la respuesta es igualmente negativa. La Constitución en el artículo 53 garantiza el contenido esencial del derecho de propiedad. Ese contenido esencial ha sido definido por el Tribunal Constitucional como aquel límite, traspasado el cual, se priva de todo valor a la cosa conforme

4. Vid. por todos, ESTEVE PARDO, J.: «Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental». Barcelona, 1999, pgs. 187 y ss., en especial, pg. 215, donde se lee: «Si se opta por exonerar a la técnica de los riesgos no cognoscibles por la ciencia –conocimientos que ésta, la ciencia, adquiere en muchos casos a través de sus métodos experimentales– se está dando cobertura a que la técnica acabe experimentando con las personas y el medio ambiente». No obstante el criterio general sigue siendo el de exoneración. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (Propuesta de la Comisión COM [2002], 17 final) exime de responsabilidad a los daños producidos por emisiones autorizadas y que no es posible predecir en función del estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que se liberan las emisiones o se realizan las actividades [art. 9.1, aps. c) y d)]. Es también interesante notar que a diferencia de la CERCLA, la Comisión no propone retroactividad alguna de la responsabilidad, de modo que la obligación de saneamiento sólo afecta a las actividades posteriores a 30 de junio de 2005.

a su destino⁵. Se comprende bien que el mero hecho de poseer por cualquier título un terreno no justifica la exigencia de atender una obligación económica pública que supera con mucho al valor actual que aquél tiene en el mercado. O lo que es lo mismo, es inconstitucional por ir derechamente en contra del contenido esencial del derecho de propiedad.

Pero esta crítica, que en absoluto es exagerada, atendidos los costes que la contaminación de suelo suele imponer, puede extenderse asimismo a aquellos casos en los que los costes, aun sin superar el valor de mercado del suelo, imponga sacrificios irrazonables o desproporcionados. La vigencia en España del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, hace especialmente ilustrativa la lectura de la jurisprudencia que poco a poco va constituyendo el Tribunal de Estrasburgo. Una línea que tiene en el principio de proporcionalidad una guía cada vez más intensa⁶.

Así pues cabe concluir respecto de este extremo: que al propietario como tal no le puede ser exigible una obligación de saneamiento, por el simple hecho de serlo con independencia de su conducta, que sobrepase el valor actual del suelo o que, sea desproporcionado en relación con tal valor. Y lo mismo cabe decir del poseedor, pues su derecho patrimonial queda salvaguardado por el artículo 33, y muy en particular por la garantía expropiatoria que se refiere a todo tipo «de bienes y derechos».

Resulta a todas luces mejorable el texto legal que sólo puede responder, en su redacción desprovista de matices, a un optimismo desmedido sobre las virtualidades de la ley, pues no puede pensarse que obedezca a un propósito mal disimulado de inaplicación. La necesidad de una mayor precisión legal es condición inexcusable para su efectiva vigencia práctica, y a tal propósito no está de más observar lo que ha pasado en Alemania en la aplicación justamente de la legislación de suelos contaminados.

5. La STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), partiendo de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos, subraya: «la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trata y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización de tal derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impugnan al propietario deban ir más allá de lo razonable».
6. Cfr. BARNÉS, J.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre propiedad privada», en el libro coordinado por el mismo, *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*. Madrid, 1995, pgs. 124 y ss. GÓMEZ-FERRER, R.: «Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la Sentencia Beyeler c. Italia, de 5 de enero de 2000», *RAP*, núm. 153, 2000, pgs. 407 y ss. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho especial hincapié en la proporcionalidad de las obligaciones derivadas del interés general y los derechos del individuo como propietario. La Sentencia de 24 de septiembre de 1982 (Caso *Sporrong y Lönnroth* publicada en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional núm. 38, pg. 658), afirmó que la prolongación durante un largo período de tiempo de la prohibición de construir constituía una injerencia no admisible en el derecho de toda persona al respeto de sus bienes, en un supuesto menos grave que el presente, pues el particular no había perdido la disponibilidad y uso de los inmuebles. La Sentencia *Beyeler contra Italia*, de 5 de enero de 2000 (TEDH 2000, 1), declaró que el ejercicio por el Gobierno de Italia en el año 1988 de un derecho de adquisición preferente sobre un cuadro de Van Gogh respecto de una enajenación realizada en 1977 y comunicada en 1983 entraña una lesión del derecho a la propiedad. El TEDH afirma que los poderes públicos deben actuar en tiempo útil, de manera correcta y con la mayor coherencia y que, en el caso analizado, la situación había permitido al gobierno italiano adquirir el cuadro por un precio sensiblemente inferior a su valor de mercado, produciéndose un enriquecimiento injusto derivado de la incertidumbre que la propia Administración había contribuido en gran medida. La sentencia concluye que el sometimiento del derecho del vendedor a una limitación constante y el enriquecimiento sin causa suponía una carga excesiva y desproporcionada, que infringe el art. 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1991, 81). Cabe citar, igualmente, el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1997 (asunto *Empresas AVIS contra Grecia*) que declaró que se había violado el art. 1 del Protocolo núm. 1, debido a la falta de pago de una indemnización razonable dentro del plazo previsto por la Ley. En aquel caso, el propietario alegó que transcurrido un determinado tiempo sin que se le abonara la diferencia entre el justiprecio provisional y el definitivo, la expropiación debía ser revocada. La Comisión consideró, por unanimidad, que se había vulnerado el art. 1 del Protocolo 1 por ausencia de pago dentro del plazo legalmente establecido. En el informe se declara que la expropiación no sólo debe responder a un interés público, sino que tiene que existir proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, proporcionalidad que no existe si el propietario tiene que soportar una carga excesiva en el expediente de expropiación, como aquí se apreció al excederse el plazo legalmente concedido para abonar una compensación razonable. El informe fue luego confirmado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 1998 (TEDH 1998, 36) que no entró a conocer del fondo del asunto al no haber apelado en tiempo el gobierno griego.
- Por último cfr. la importante Sentencia de 11 de abril de 2002 (TEDH 2002, 21), *Lallement c. France* en relación con el justiprecio expropiatorio, en la que, considera que «cuando el bien expropiado es un "útil de trabajo" del expropiado la indemnización acordada es razonable en relación con el valor del bien, si de una manera o de otra no se valora esta pérdida específica».

6. Breve noticia sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 16 de febrero de 2000 que anula por inconstitucionales dos decisiones administrativas sobre saneamiento de suelo.

La Sentencia⁷, que estima dos recursos de amparo planteados por una empresa contra las órdenes de saneamiento de ciertos suelos contaminados, se enfrenta por vez primera con los límites de la responsabilidad de los propietarios. En el primer caso se ordena el saneamiento con un coste de un millón cien mil marcos alemanes, sobre un inmueble cuyo valor es de 350.000 marcos. En el otro, se ordena también a título subsidiario un costoso saneamiento de suelo contaminado, al haber quebrado la empresa responsable. En ambos casos la Sentencia considera que la responsabilidad exigida al propietario se le imputa con carácter objetivo.

El Tribunal estima que la responsabilidad del propietario tiene su fundamento constitucional en el hecho de que el titular obtiene un beneficio o rentabilidad de la cosa. Lo que justifica que contribuya a los perjuicios que pueden producir al interés general, independientemente de quien los haya causado. La responsabilidad «propter rem» para los suelos, estrictamente objetiva, recibe, pues, respaldo constitucional. Pero dicha responsabilidad no es ilimitada, está directamente conectada a las ventajas que al propietario le reporta el hecho mismo de ser titular dominical. Según el TCFA deben observarse los siguientes límites:

a) La obligación del propietario de sanear a su costa el terreno no debe impedirle la utilización futura del dominio.

b) Como núcleo que no puede traspasarse debe atenderse al valor de mercado del terreno tras el saneamiento. Si los costes de saneamiento superan aquel valor, es lógico pensar que el propietario no tendrá ningún interés en el mantenimiento de la propiedad. La propiedad pierde entonces, según la Sentencia, «su valor y contenido».

c) La obligación de responder del propietario hasta el valor de mercado no debe ser soportada cuando el obligado a hacerlo sacrifique con ello una parte esencial de su patrimonio que comprometa los fundamentos de su vida personal y familiar.

d) Sin embargo, sí es admisible la obligación de sanear, aunque comporte costes superiores al valor del mercado de la propiedad, cuando el propietario conscientemente acepta el riesgo de la actividad peligrosa. Así por ejemplo —dice la Sentencia— cuando el propietario autoriza una actividad en sí misma peligrosa o cuando adquiere la propiedad con conocimiento de los residuos o materiales depositados.

e) Para que el propietario pueda impugnar adecuadamente la decisión administrativa que le impone el saneamiento, es preciso conocer el coste económico de la misma para así poder juzgar sobre su proporcionalidad.

No nos interesa aquí el detalle de los casos analizados por la Sentencia⁸ sino el razonamiento de principio. Y es razonable convenir que debe estarse de acuerdo con las ideas expuestas por el máxime intérprete de la Constitución alemana. La responsabilidad del propietario de buena fe, que desconoce la existencia de residuos o sustancias peligrosas en el subsuelo de su finca, no puede con toda lógica exceder del valor de mercado que tiene el bien una vez se ha procedido a la operación de saneamiento. Y resulta indudable que, pese a no disponer el derecho de propiedad en el Derecho español del mecanismo de defensa del recurso de amparo, el juez deberá interpretar la legislación de residuos, conforme a la Constitución, en el sentido aquí indicado o bien considerarla inconstitucional, planteando la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

7. El problema de la retroactividad de la ley: Su impacto sobre los dos tipos de responsabilidad analizados.

7.1. El necesario efecto retroactivo de la Ley.

La contaminación de los suelos por actividades industriales o de otra naturaleza suele producirse en largos períodos de tiempo. De manera que el propietario actual probablemente tenga que responder de

7. El texto de la Sentencia que manejamos está en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, núm. 35, pgs. 2573-2576. Un comentario crítico desde la perspectiva del caso concreto —no de la doctrina general— en BICKEL, Chr.: «Grenzen der Zustandshaftung des Eigentümers für die Grundstück-sanierung bei Altlasten», en la misma Revista, pgs. 2562-2563.

8. Para el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, cfr. BICKEL, ob. et loc. cit. GRESZICK, B.: «Eigentum Verpflichtet-auf ewig?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 7, 2001, pgs. 721-730.

problemas generados tiempo atrás. Y esto en términos jurídicos significa que puede haber responsabilidad actual objetiva del propietario por actividades realizadas sin su conocimiento y que datan de treinta o cuarenta años ¿Hay una responsabilidad retroactiva ilimitada?

Los antecedentes de la Ley que están en la CERCLA permiten señalar que el legislador ha querido una responsabilidad no sólo por los daños originados con posterioridad al 12 de mayo de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley⁹, sino también por los producidos con anterioridad¹⁰. Y que ésta es la intención se desprende también de la propia naturaleza de los preceptos, que nacerían heridos de muerte si sólo se aplicaran a los problemas de residuos generados con posterioridad. La Ley, como es natural, intenta paliar el problema actual de los suelos contaminados, que por lo común traen causa de años muy anteriores a 1998. Y ahora es cuando hay que financiar el saneamiento de suelos contaminados tiempo atrás.

Para examinar con cierto detenimiento el asunto, se analizará previamente la noción de retroactividad en relación a la declaración de suelos contaminados; posteriormente se pasará revista al efecto retroactivo de la ley en relación con los dos tipos de responsabilidades establecidas en la norma.

7.2. Algunas precisiones sobre la noción constitucional de retroactividad.

Si bien el artículo 9.3 CE (RCL 1978, 2836) prohíbe las disposiciones retroactivas restrictivas de derechos individuales y la de las normas sancionadoras, el Tribunal Constitucional ha venido desde fecha temprana limitando la interpretación del precepto por la vía de la interpretación de la noción de restricción de derechos individuales.

Por un lado, el Tribunal ha sancionado que hay situaciones objetivas («Duguít dixit») que pueden ser modificables por voluntad del legislador (función pública, por ejemplo), y por otra ha interpretado muy estrictamente la noción de restricción de derechos individuales, de manera que sólo se daría una retroactividad constitucionalmente proscrita cuando el legislador ignore los efectos consolidados de situaciones jurídicas anteriores a la norma, pero no así cuando opera sobre los efectos futuros de aquellas situaciones¹¹. Y es lógico que el Tribunal lo haya establecido así, habida cuenta de que sería imposible legislar en materia de derechos patrimoniales si no se pudiera actuar sobre los efectos futuros de la propiedad preexistente o sobre la libertad de empresa. Y es justamente el caso de los suelos contaminados manifestación paradigmática de lo que se dice, pues si no pudiera afectarse a las responsabilidades de quienes produjeron la contaminación con anterioridad a la vigencia de la ley, ésta sólo serviría para ser colocada en el baúl, por lo demás bien surtido, de las leyes inútiles, o meramente programáticas, si se prefiere el eufemismo.

7.3. La retroactividad en la responsabilidad por causación de la contaminación.

Cuando alguien con anterioridad a la vigencia de la ley realizó una actividad contaminante en el subsuelo de la que se benefició, y como consecuencia de ello persisten los efectos potencialmente nocivos sobre la salud de las personas y el equilibrio natural, resulta justificado que el legislador le exija responsabilidad por una elemental razón de equidad, ya antes notada: quien pudo beneficiarse del riesgo debe asumir las consecuencias dañinas de su actividad y nada respalda que deba hacerlo el conjunto de la sociedad, mediante fondos públicos. Admitido el alcance retroactivo de la ley al afectar a una conducta que se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, nada obsta a declarar su compatibilidad con la Constitución por dos órdenes de razones:

a) La Constitución, según resulta de la jurisprudencia constitucional antes notada, no prohíbe que las leyes tengan efecto retroactivo, únicamente establece semejante interdicción para las que imponen

9. La Ley se publicó en el BOE de 22 de abril de 1998 (RCL 1998, 1028).

10. Aunque el art. 2.3 del Código Civil (LEG 1889, 27) señala que las leyes no tendrán efecto retroactivo salvo que dispongan lo contrario, ello no significa que en el caso de la Ley de Residuos se excluya el efecto retroactivo. Pues si bien la declaración de suelo contaminado es posterior a la ley, el supuesto de hecho (la contaminación) pudo haberse originado antes. Y es ese factor de la declaración administrativa sobre una situación cuyo origen se produjo antes de la vigencia de la ley pero que sigue desplegando efectos después, lo que se analiza en el texto. El efecto retroactivo de la regulación norteamericana ha sido deducido de la intención del legislador y respaldado por los Tribunales. Vid. SANZ SALLA, op. cit., pgs. 269-273.

11. Vid., entre otras, SSTC 27/1981 (RTC 1981, 27); 70/1988 (RTC 1988, 70) y 97/1990 (RTC 1990, 97), que señalan que la prohibición constitucional de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas. Ya tempranamente el Tribunal (STC 8/1982, de 4 de marzo [RTC 1982, 8]), había señalado que no existe prohibición alguna general de retroactividad «in peius» de las leyes.

normas sancionadoras o restringen derechos individuales consolidados. Se comprende bien que la obligación de reparar el daño causado al interés general no es una norma de carácter sancionador, es decir, una pena aflictiva como consecuencia de la realización de una actividad prohibida. Aquí no hay nada de eso. Probablemente la conducta que en su día dio lugar a la contaminación del subsuelo era lícita y pudo estar perfectamente autorizada mediante las pertinentes licencias. No hay, pues, conducta prohibida; tampoco se trata de establecer una pena aflictiva, pues lo que se exige es la simple reparación (aunque es posible que costosísima) del daño causado mediante el saneamiento. Es decir, no hay norma sancionadora alguna, sino la obligación de indemnización del daño causado.

La Constitución también prohíbe la norma retroactiva cuando restringe derechos individuales, pero resulta que en la obligación de reparar la contaminación del suelo, no existe un derecho afectado retroactivamente. Y es que entre los derechos patrimoniales no se encuentra el derecho patrimonial a contaminar el suelo con peligro para la salud y el interés general. Ciertamente, antes de la aprobación de la Ley de Residuos, el causante del daño no respondía frente a la sociedad salvo que se demostrase que su acción había causado un daño a otro, en los estrechos límites del artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27). Pero que una norma no prevea la responsabilidad pública no significa que el legislador no tenga potestad para imponerla retroactivamente; la ausencia de la obligación de reparación no significa el reconocimiento por el ordenamiento de un correlativo derecho a la causación del daño. Puede ser que de una conducta no se derive responsabilidad, pero no siempre es cierto que la norma reconozca un ámbito de libertad. Piénsese que en el ordenamiento jurídico privado hace mucho tiempo que está sancionado el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Es decir, existen unos límites sociales immanentes al ejercicio de los derechos, de tal manera que el ordenamiento no puede reconocer que la propiedad o la libertad de empresa amparen el derecho a contaminar los suelos con riesgo para las generaciones futuras. Cuando se sobrepasan los límites ya no estamos en el ámbito del derecho protegido. Y si existe tal derecho, difícilmente puede considerarse restringido por el hecho de que el legislador haya dispuesto la responsabilidad actual de quien se prueba que causó daños perjudiciales al suelo en el pasado.

b) Podría razonablemente aducirse que la Ley de Residuos no tiene, en rigor, carácter retroactivo cuando obliga a quien contaminó el suelo a sanearlo. El acto administrativo de la Comunidad Autónoma del que surge la obligación jurídicamente exigible de reparar el daño se produce mientras existe una situación actual de contaminación. Es decir, se obliga a sanear el suelo a alguien que causó la contaminación porque todavía persisten los efectos de su conducta. De la misma manera que en Derecho Público o Privado el cómputo de la acción de responsabilidad comienza desde el día en que terminan de producirse los efectos del daño (o el de la determinación de las secuelas, en el caso de lesiones personales, art. 142.5 de la LRJ-PAC [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246]), cuando hablamos de suelos contaminados, partimos por hipótesis de la persistencia de la contaminación y de los potenciales efectos nocivos. El acto administrativo declarativo del suelo contaminado no será ajustado a Derecho si no acredita un hecho decisivo: que el suelo está lastrado por unas sustancias contaminantes producidas por la actividad humana que es necesario suprimir. Luego ni la resolución administrativa ni la ley tienen efecto retroactivo: la obligación de sanear subsiste mientras sigan activos los productos o sustancias depositadas en el suelo como consecuencia de la actividad industrial o agrícola.

En conclusión de cuanto hemos dicho en este apartado: es perfectamente conforme con la Constitución que se exija a partir de la entrada en vigor de la ley la obligación de reparar el daño a quien contamine el suelo y el subsuelo, aunque su conducta se date con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Aun estimando —lo que es dudoso— que se trate de una norma retroactiva, resulta conforme con la Constitución, pues no afecta a ningún derecho patrimonial perfecto, consolidado con anterioridad.

No obstante, no puede cerrarse el análisis sin una matización. Supuesta la retroactividad de la ley, ésta sólo podría afectar a aquellas conductas que se hayan iniciado o desarrollado después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (RCL 1978, 2836), pues es ésta la que sanciona la protección del medio-ambiente como un principio o deber constitucional, lo cual tiene, a nuestro juicio, importantes efectos jurídicos en el caso que analizamos.

Es cosa bien sabida que el artículo 45 de la Constitución proclama un principio constitucional, el derecho de todos a disfrutar del medio-ambiente, el deber correlativo de conservarlo y el mandato a la ley para establecer sanciones administrativas y penales, y la obligación de reparar el daño causado.

Pues bien, si los principios constitucionales, incluidas las normas que establecen deberes, cumplen la doble función de imponer mandatos genéricos al legislador y la de señalar criterios de interpretación del Derecho vigente, se concederá fácilmente que el hecho mismo de que autorice al legislador a reparar el

daño causado, permite a éste ordenar retroactivamente la obligación de saneamiento de los suelos respecto a conductas posteriores a la Constitución pero anteriores a la Ley de Residuos. Se notará que el texto constitucional obliga al legislador a fijar los términos en que se plasma «la obligación de reparar el daño causado» pero no le deja margen alguno para no imponer esa reparación. Y entre los términos que corresponde al legislador sentar está, sin duda, el del alcance retroactivo de la Ley. Aunque la Ley de Residuos guarda distancia sobre el particular, se ha observado, más atrás, que lo hace con la intuición de no distinguir el tiempo en que se produjo la causación del daño, sino únicamente atender a los efectos perjudiciales presentes, cualquiera que fuera la fecha en que cesó la actividad contaminadora. Y tal propósito está respaldado por la interpretación constitucional, pues existe un mandato a todos los poderes públicos de preservar y proteger el medio-ambiente que nos incumbe a todos. Nadie puede después de la Constitución entender que resulta abusivo, arbitrario o inequitativo, que quien sea responsable de la contaminación del suelo responda reparando el daño, en la cifra misma de lo que cuesta sanear el terreno. Más allá de las declaraciones de principio del artículo 45 CE, el inciso final de su número tercero, que no sólo habilita sino que ordena al legislador que establezca los términos de la obligación de reparar el daño ambiental causado, está si no legitimando sí reforzando la eficacia retroactiva de la Ley, en punto a exigir también dicha reparación a quienes causan el daño antes de que tuviera vigencia la Ley de Residuos.

7.4. *La retroactividad en la exigencia de responsabilidad objetiva subsidiaria al propietario o poseedor.*

El alcance de la retroactividad para el propietario o poseedor de buena fe que nada ha tenido que ver con la causación del daño es bien distinto, tanto conceptualmente como desde la perspectiva de la equidad en la solución adoptada por el legislador.

Conceptualmente, el grado de retroactividad es mucho mayor en el supuesto del propietario o del poseedor que en el del causante de la contaminación. La del propietario es una responsabilidad objetiva conexa al dominio sobre la cosa. Lo cual supone un matiz importantísimo. Supongamos, siguiendo el ejemplo, que el propietario A compra a B en 1980 un terreno en el que antiguamente existía una granja de cerdos. A, adquirente de buena fe, desconoce la contaminación del suelo y ni siquiera existía ley alguna que obligase al saneamiento del suelo contaminado en aquella fecha. Después de la entrada en vigor en 1999 de la Ley de Residuos ¿tendrá A que responder de la obligación de saneamiento? Si la respuesta fuera positiva tendría que admitirse el efecto retroactivo de la Ley, y además una retroactividad de grado máximo, puesto que si A hubiera sabido que tendría que atender a la obligaciones que la ley le impone con carácter retroactivo, probablemente no hubiera adquirido la finca o lo hubiera hecho en otras condiciones. No es que se establezca una limitación o una restricción nueva al ejercicio de un derecho patrimonial, sino que se grava al propietario con una obligación nueva en virtud de la conducta de un tercero anterior a la adquisición. Es cierto que el legislador puede gravar a la propiedad con unas obligaciones, pero ha de hacerlo con carácter general, como limitaciones o cargas generales. Nótese, sin embargo, que en el caso de la Ley de Residuos, lo que se impone es una obligación individual a partir de la adquisición de la propiedad por el hecho anterior de otro. Y esto, a mi juicio, supone otorgar a la Ley un efecto retroactivo que la Constitución veda. Podrá, desde luego, el legislador establecer, para todos los propietarios adquirentes con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, la obligación de responder objetiva y subsidiariamente por la contaminación de los suelos. Se trataría, entonces, de una obligación legal perfectamente legítima—dentro de los márgenes constitucionales de respeto al contenido esencial del derecho de propiedad arriba examinados— pues todo comprador de un terreno tiene obligación de conocer las normas sobre suelos contaminados. Ante la Administración no podría prevalecer el adquirente de fecha posterior a la vigencia de la Ley de Residuos de la ignorancia de la ley o de la buena fe, una vez promulgada la norma que fija las obligaciones.

Pero lo que resulta a todas luces excesivamente oneroso y contrario al más elemental sentido de la seguridad jurídica, es exigir a quien adquirió antes de la promulgación de la obligación legal de saneamiento que responda a su costa de la conducta de un tercero. En tal circunstancia se está alterando el contenido del derecho de propiedad con efecto retroactivo. Y, además, puede darse la circunstancia de que responda el propietario actual por el hecho de serlo y no lo haga el transmitente anterior, aun cuando en el momento de la transmisión conociera la circunstancia de la contaminación¹². Nuevamente hay que repetir la misma conclusión: el ordenamiento jurídico no puede admitir interpretaciones de este género.

12. En Alemania, la Ley Federal de Protección del suelo, de 17 de marzo de 1998, parágrafo 4.6. matiza mucho esta cuestión. Para empezar prohíbe la retroactividad de la ley, ya que sólo afecta a las transmisiones posteriores a la vigencia de la norma. Por otra parte el antiguo transmitente sólo responde si conocía o debía conocer los residuos depositados o las modificaciones peligrosas producidas en el suelo, mientras que el adquirente no responde si tenía confianza en la inexistencia de la contaminación del suelo, y esa confianza es digna de protección atendiendo a todas las circunstancias del caso. Se trata de una regulación mucho más acaudalada que la española, como luego se dice en texto.

En este punto, como en otros ya examinados, la ley requiere modificaciones técnicas que precisen el alcance de la responsabilidad sobre todo respecto de las actividades contaminantes producidas por empresas que han desaparecido del mercado, so pena de llegar a resultados inicuos.

8. Los obligados al saneamiento de los suelos: aspectos no previstos en la Ley y que limitan su eficacia.

8.1. El transmitente de mala fe.

La Ley ha observado certeramente la necesidad de proteger al adquirente de buena fe. Por eso se ha cuidado de establecer el mecanismo de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la resolución administrativa declarativa de la contaminación del suelo, de modo que todo adquirente de la propiedad pueda conocer la situación administrativa del terreno y la obligación subsidiaria del propietario de hacer frente a la limpieza del suelo. Ocurre, no obstante, que los verdaderos problemas se plantearán, sin duda, antes de la declaración y no después de la resolución administrativa. Es decir: cuando se produzcan transmisiones antes de que se declare administrativamente la contaminación del suelo. Resulta claro que el acto administrativo de la Comunidad Autónoma comprueba o declara la existencia de una situación grave, pero el riesgo existe con anterioridad y la obligación de no contaminar el suelo o no depositar residuos tóxicos o peligrosos también, conforme al catálogo de infracciones del artículo 34 en relación con los artículos 2 y 3 de la Ley 10/1998 (RCL 1998, 1028). Se observa, por ejemplo, que la ley prohíbe el abandono, vertido o eliminación incontrolada de cualquier residuo, con independencia de que se haya declarado o no la situación legal de suelo contaminado. Y en este punto la ley guarda absoluto silencio sobre las transmisiones anteriores y la responsabilidad de los transmitentes de mala fe. Ya señalamos anteriormente que no es difícil que puedan darse situaciones contrarias a cualquier idea, por elemental que sea, de equidad. La Ley deja inerte administrativamente al propietario actual que compró de buena fe y que, según la ley, debe responder subsidiariamente. Al mismo tiempo la norma exime de cualquier obligación administrativa al propietario que puede haberse beneficiado muy directamente de la actividad contaminante, aunque no la haya causado (pensemos en un arrendamiento de un tercero para una actividad que ha producido el resultado dañino para el medio-ambiente y que transmite después de la Ley, consciente de la existencia del problema y sin advertir del mismo). Por pura lógica, la obligación de saneamiento debiera incumbir al trasmitente de mala fe antes que al adquirente de buena fe. Pero con la ley en la mano, el resultado puede ser, en muchos casos, el contrario.

Reducir el problema a la anotación marginal de la resolución administrativa es ocultarlo. Bien está el mecanismo registral de la anotación, pero su eficacia sólo alcanza por pura definición a los casos en los que la Administración ha identificado la contaminación, sin que quede bien regulada la responsabilidad del anterior trasmitente ni siquiera cuando obró con mala fe.

Puede pensarse que las hipótesis verdaderamente injustas que manejamos son marginales. Nada más lejos, sin embargo, de la realidad. Como la Ley nada prevé respecto al transmitente anterior a la anotación marginal, la iniquidad manifiesta de eximir al transmitente de mala fe y castigar al adquirente de buena fe, por su sola condición de propietario, puede repetirse «ad nauseam». Lo lógico sería que el legislador hubiera previsto la responsabilidad de quien transmite con fecha posterior a la entrada en vigor de la ley conociendo la contaminación y no poniéndola de relieve en el negocio jurídico. Es antes y no después de la resolución administrativa declarativa de la contaminación cuando la ley tiene que prever mecanismos justos que permitan una adecuada distribución de los costes financieros que todo saneamiento comporta.

No es consuelo frente a la anterior crítica la acción civil que podría corresponder al propietario actual obligado a sanear por el hecho de ser titular dominical frente al transmitente (arts. 1484, 1485 y 1486 del Código Civil [LEG 1889, 27]), por las dificultades objetivas que una acción de esa naturaleza comporta. Notemos el corto plazo de la acción, sólo de seis meses, puesto que de un vicio oculto se trata (art. 1490), que de suyo la hace prácticamente inviable¹³.

13. MORALES MORENO, A. M.: «Comentario al artículo 1490», en AA VV: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pg. 968, señala que la acción de responsabilidad por dolo del art. 1486. II no se extingue a los seis meses, con cita de una Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1928 que la cifra en quince años. Observa MORALES MORENO, A. M.: («Comentario al artículo 1486», ob. cit., pg. 962) que el régimen de esta acción debe ser el propio de la responsabilidad contractual. No obstante este aserto doctrinal que compartimos, el tenor literal del art. 1486, párr. 2º, en relación con el art. 1490 («Las acciones que emanen de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida») planteará sin duda no pocas dificultades en la práctica.

8.2. *La transmisión entre empresas de un mismo grupo o con ánimo de defraudar la obligación de saneamiento.*

Sorprende al lector más apresurado de la ley que en asunto de tanta importancia económica nada se disponga para combatir los mecanismos más conocidos de fraude. Cuando la ley obliga a atender unas obligaciones económicas de tanto porte, debe tener buen cuidado en establecer los mecanismos que permitan a la Administración luchar contra la ilegalidad encubierta. No puede, desde luego, descartarse la enajenación de terrenos fuertemente contaminados a empresas dominadas o dependientes que cuentan con limitados recursos o la transmisión a sociedades creadas prácticamente «ad hoc» o la utilización de «sociedades dormidas» y cuantas otras fórmulas la fértil imaginación mercantil pueda idear. Frente a esta previsión, nada pesimista, la Ley no dispone de técnica alguna que sí ha utilizado en otros muchos sectores del ordenamiento. Citemos por ejemplo la norma sobre transmisión de las concesiones de televisión (arts. 19 y 21 de la Ley 10/1988), las más generales sobre defensa de la competencia (art. 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio [RCL 1989, 1591]) o, en fin, las normas fiscales sobre grupos de empresas. Nada difícil hubiera sido establecer al menos como norma de principio las dos precauciones que hemos señalado: en primer lugar la no exoneración de responsabilidad cuando se trata de empresas en las que existe una relación de instrumentalidad¹⁴; en segundo término, una previsión general sobre el transmitente que conociendo la situación de contaminación lo oculta al adquirente de buena fe.

El descuido de la norma, que guarda silencio sobre estas cuestiones, de regulación indispensable si quiere darse un aliento de verosimilitud al propósito del legislador, contrasta con la preocupación —lógica, desde luego— por proteger a quien adquiere un terreno en virtud de la ejecución forzosa de un derecho de crédito, es decir, de los casos que más afectan a las entidades crediticias y de ahorro. La Ley establece una regulación que se nos antoja bastante sorprendente. Señala el legislador que los acreedores adquirentes en virtud de la ejecución quedan exonerados si transmiten la propiedad en el plazo de un año. Parece que la finalidad de la norma es transparente: eximir sólo a quien utiliza la adquisición con el fin de satisfacer un crédito y no especula con el suelo. Pero la solución está reñida con la lógica si se piensa con cierto detenimiento, ya que tal como aparece redactado el precepto, obliga al acreedor adquirente a ocultar la existencia de la contaminación, salvo que se ignore. Así es, en efecto,

a) Si un Banco u otro acreedor ejecuta la hipoteca y adquiere un terreno y luego conoce su situación de grave contaminación solo tiene dos caminos:

- Enajenarlo advirtiéndolo al adquirente del hecho de contaminación.
- Ocultarlo para tratar de enajenarlo antes de un año.

b) Si el Banco ignora la contaminación, el plazo de un año es absolutamente aleatorio a efectos de imputarle o no una responsabilidad objetiva como propietario. No sólo se trata de un plazo breve, sino que no guarda relación alguna con la función social de la propiedad que constitucionalmente tiene que delimitar su contenido.

Aceptado que la propiedad objetivamente no responde ilimitadamente, por ser inconstitucional, ¿cuál es la razón del distinto trato a los adquirentes de buena fe? Nos referimos a que no existe una diferencia cualitativa entre quien adquiere un terreno en ejecución de un derecho de crédito y quien lo adquiere porque le gusta o por sus expectativas de negocio. En ambos casos, si se actúa de buena fe, las obligaciones como propietario debieran ser las mismas. Y si parece absurdo que pueda exigirse a un Banco responsabilidad por la contaminación de un suelo que ha adquirido en el proceso de ejecución forzosa, igualmente ilógico es requerir la responsabilidad de quien de buena fe, adquiere un terreno. En ambos casos desconocen la situación anterior y no se sabe la razón de que el trato dispensado por la ley deba ser diferente. Tampoco se encuentra explicación jurídica plausible, en el sentido más estricto del término, al hecho de que se exone siempre al ejecutante de un derecho de crédito, puesto que hay situaciones en que a un acreedor le sería exigible tanto o más diligencia que al comprador de buena fe. Así ocurre en los casos de hipotecas constituidas a favor de entidades financieras, pues una de las obligaciones de la buena práctica crediticia es asegurar la «calidad» de las garantías, aspecto sobre el que el Banco de España considera que toda cautela es poca. Más allá de razones de índole práctica (proteger a las entidades

14. Por ejemplo en Alemania, la Ley citada en la nota anterior, parágrafo 4.3, establece la obligación de saneamiento de quien por razón societaria o mercantil responde frente a terceros por una persona jurídica, a quien pertenece el terreno contaminado. Cfr. MUGGENBORG, H. J.: «Die bodenschutzrechtliche/Konzern-haftung», nach §4 III 4. Fall I BbodschG, NVwZ, 2001, núm. 10 pgs. 1114-1120.

crediticias) la ley dispensa un trato discriminatorio al adquirente de buena fe a título oneroso, lo que permite plantear dudas desde la perspectiva —siempre movediza— del derecho a la igualdad. El diferente título de adquisición no justifica a mi juicio el distinto trato otorgado a unos y otros. Al margen de la crítica constitucional, creo que el análisis del precepto, la aleatoriedad del plazo, el hecho de que objetivamente se estimula la ocultación de la contaminación, demuestran una vez más que el régimen de la responsabilidad «propter rem» subsidiaria del propietario no está bien construido en la Ley de Residuos y exigiría más de una matización, como ha quedado ya dicho. Modulación de la responsabilidad que lejos de debilitar la ley, la reforzaría y la haría verosímil para los operadores jurídicos. La urgencia de esta reforma es mayor si cabe a tenor de la propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental. De aprobarse en los términos actuales, la Directiva sólo obliga a reparar los daños ambientales a quienes hayan causado la contaminación, a título de culpa o negligencia. La circunstancia de que el Derecho Comunitario castigue el régimen de responsabilidad con otros parámetros¹⁵, debiera mover a una reforma de la Ley vigente, que la haga más respetuosa con el mandato del artículo 45 de la Constitución y con las ineludibles exigencias del derecho de propiedad. Porque, situados en la estela del poema de Keats, un poco de imaginación podría servir a nuestro legislador para mejorar la calidad de la tierra que pisamos.

15. La propuesta de Directiva sobre responsabilidad, citada supra apud nota 4, en su art. 8, exige la concurrencia de culpa o negligencia del operador para poder imputarle los costes del saneamiento. Como la propia Comisión reconoce, ha tenido en la redacción muy en cuenta el principio de eficiencia económica, de modo que se anima a las empresas a tomar medidas preventivas, al tiempo que, como ha ocurrido en EE UU, puede aparecer un mercado de garantías financieras que asegure los riesgos a precios razonables.

