

LA COMPENSACIÓN ECOLÓGICA EN FRANCIA, ENTRE EL RECONOCIMIENTO NOTABLE Y LOS INTERROGANTES RECURRENTES

HUBERT ALCARAZ

Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y los países del Adour,
miembro del Institut d'études ibériques et ibérico-américaines
(CNRS UMR DICE 7318)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CONSOLIDACIÓN INCOMPLETA DEL CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA: 1. Un diseño integral. 2. Una base normativa consolidada.– III. LA APLICACIÓN IMPERFECTA DE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA: 1. La definición parcial de las modalidades de aplicación de la compensación. 2. La formación sin precedentes de un mercado de compensación.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En contra de la creencia popular, la compensación ecológica existe en el ordenamiento jurídico francés desde hace unos cuarenta años. Sin embargo, es sobre todo a partir de 2016 cuando se ha ido concretando, además de consagrarse efectivamente en la ley. Al imponer la obligación de obtener resultados, dentro de la secuencia «Evitar, Reducir y Compensar», la ley pretende crear una «oferta de compensación», en particular mediante la creación de sitios naturales de compensación. Sin embargo, a pesar de todos estos avances y de las numerosas disposiciones legislativas y reglamentarias dedicadas a la noción de compensación y a sus modalidades de aplicación, quedan muchos interrogantes.

Palabras clave: medio ambiente; biodiversidad; compensación ecológica; banco de compensación; oferta de compensación; sitio de compensación natural.

ABSTRACT: *Contrary to popular belief, ecological compensation has existed in the French legal system for some forty years. However, it is particularly since 2016 that it has been increasingly concretised, at the same time as an effective normative consecration. By imposing an obligation to achieve results, within the «Avoid, Reduce, and Compensate» sequence, the law intends to create a «compensation offer», in particular through the creation of natural compensation sites. Nevertheless, despite all these advances and the numerous legislative and regulatory provisions devoted to the notion of compensation and its implementation methods, many questions remain.*

Key words: *environment; biodiversity; ecological offset; offset bank; offset offer; natural offset site.*

I. INTRODUCCIÓN

Las cifras son abrumadoras: tanto si se trata de especies amenazadas como, más ampliamente, de biodiversidad, el hombre ha logrado la hazaña de degradar su entorno en proporciones sin precedentes y provocar una extinción masiva de especies en sólo unas décadas. En este contexto apocalíptico se cuestiona la legitimidad de las medidas compensatorias, así como su contenido y alcance. A partir de ahora, la recuperación de la biodiversidad y la lucha contra el cambio climático parecen absolutamente inseparables para garantizar la preservación del medio ambiente. Sin embargo, cuando se trata de la protección de los hábitats naturales en Francia, rápidamente surgen debates y controversias que acompañan a cualquier cambio de normativa. De entrada, hay que señalar que el ordenamiento jurídico francés apenas utiliza los términos «bancos de conservación» o «bancos de compensación». Prefiere el término «compensación ecológica». El término, además de abarcar sin duda una realidad más amplia, no está exento de segundas intenciones «militantes». Sin ignorar este debate semántico y conceptual, al que volveremos, conviene, en esta fase, situar el marco de una preocupación que viene de lejos y cuyas primeras herramientas, sobre todo normativas, aparecieron en Estados Unidos a mediados de los años 70.

En general, Francia está obligada por numerosos compromisos internacionales y europeos en materia de protección de la biodiversidad (1) y la cuestión de la indemnización por daños ambientales no es un concepto nuevo en la legislación francesa. De hecho, está consagrado desde la ley de 10 de julio de 1976 sobre la protección de la naturaleza (2). En efecto, mientras que sus artículos 3 y 4 prohíben la destrucción de especies protegidas, su artículo 2 introduce el principio según el cual los estudios preliminares de los proyectos susceptibles de perjudicar al medio ambiente deben incluir un estudio de impacto que contenga, en particular, «las medidas previstas para eliminar, reducir y, si es posible, compensar las consecuencias perjudiciales para el medio ambiente».

(1) En términos de derecho internacional general, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992 y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 3 de marzo de 1973 (CITES) son especialmente relevantes. A nivel de la Unión Europea, existen numerosas directivas en este ámbito, como la directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, la directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, y la directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, que se refleja en los planes directores de aprovechamiento y gestión del agua (SDAGE), por citar sólo tres ejemplos.

(2) Ley nº 76-629 de protección de la naturaleza.

El tríptico «Evitar, Reducir, Compensar» (ERC), que hoy constituye el núcleo del mecanismo de protección ecológica, apareció así en el ordenamiento jurídico francés hace poco más de 40 años. Sin embargo, la frase «si es posible» que aparece en la ley implica que la compensación sólo se aplica si es posible, lo que debilita la eficacia de la herramienta. Sin embargo, este tríptico y el principio de compensación iban a encontrar un eco en la legislación europea, en particular en dos famosas directivas: la directiva «Habitats» de 1992 y la directiva «Aves» de 2009 (3). Así, la directiva «Habitat» de 1992 somete a los sitios Natura 2000 a una evaluación de impacto. Unos años más tarde, en 2006, Francia se ajustó a este texto, que autorizaba excepciones a la estricta prohibición de afectar a las especies protegidas por el anexo IV de dicha directiva. La excepción que permite que las especies protegidas se vean afectadas en el contexto de proyectos de desarrollo está consagrada en la ley, a cambio de la aplicación de medidas de compensación (4).

De hecho, varias disposiciones de la Carta Constitucional del Medio Ambiente han reforzado al mismo tiempo la posición del principio de compensación ecológica, en particular con la consagración del principio de prevención de los daños al medio ambiente (5) o del principio de reparación, contenido en su artículo 4 (6). Sin embargo, la realidad de la aplicación concreta del principio parecía requerir más para tener mayor fuerza y alcance. Este era uno de los principales objetivos de la ley de 2016 para la reconquista de la biodiversidad (7). El objetivo general es lograr la «no pérdida neta» de biodiversidad (8), lo que ilustra la preocupación por intensificar la aplicación de la compensación ecológica en los últimos diez años. Desde este punto de vista, el objetivo de la compensación ecológica es contrarrestar los daños a la biodiversidad causados por el desarrollo de infraestructuras y planificar planes y programas para lograr la «no pérdida neta» de biodiversidad (9).

(3) También se encuentran, más recientemente, en la directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y en la directiva 2014/52/CE, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(4) Ley n° 2006-11 de 5 de enero de 2006 sobre la orientación agrícola.

(5) Artículo 3: «Toda persona debe, en las condiciones definidas por la ley, prevenir los daños que pueda causar al medio ambiente o, en su defecto, limitar sus consecuencias.

(6) «Todos deben contribuir a reparar los daños que causan al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley.

(7) Ley n° 2016-1087 para la reconquista de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes.

(8) Para utilizar la fórmula anglosajona *no-net loss*.

(9) COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2012: p. 1-9.

En general, hoy se entiende que la compensación ecológica debe integrarse lo antes posible en el diseño de un plan, programa o proyecto (ya sea en la elección del proyecto, su ubicación o incluso en la consideración de su conveniencia), para que tenga el menor impacto posible en el medio ambiente. Así, la compensación ecológica debe situarse en su contexto o en su marco general, que es, sobre todo, el de la secuencia de evitación, reducción y compensación de los impactos ambientales. En otras palabras, la legislación francesa prevé ahora una forma de priorización para proteger el medio ambiente y la biodiversidad. Todo proyecto o plan susceptible de afectar al medio ambiente debe pasar por tres etapas: primero, la de evitación de impactos, luego la de reducción y, por último, la de compensación de los impactos residuales del proyecto, plan o programa si las dos etapas anteriores no los han eliminado. En otras palabras, si el tríptico «Evitar, reducir, compensar» es la base para conciliar la protección de la biodiversidad, el desarrollo económico y la ordenación del territorio, es la última etapa de este tríptico, es decir, la compensación propiamente dicha, la que será objeto de atención aquí. Aunque la compensación ecológica está cada vez más consagrada en la legislación y se ha ido concretando mediante la inclusión de medidas de compensación en el panorama procedimental de los proyectos sometidos a evaluación ambiental, la proliferación de normas y prácticas no ha extinguido todas las críticas ni ha eliminado todos los interrogantes que plantean tanto su consolidación (I) como su aplicación (II).

II. LA CONSOLIDACIÓN INCOMPLETA DEL CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA

Aunque se ha dicho que la compensación ecológica apareció ya en 1976, «permaneció durante mucho tiempo como un objeto jurídico no identificado o mal identificado» (10). Después de algunos estudios dispersos, que desde el principio señalaban la incertidumbre del concepto y sus ambigüedades, e incluso sus peligros potenciales (11), la visión que prevalece hoy en Francia es muy amplia y global, ya que abarca todas las cuestiones medioambientales (aire, ruido, agua, suelo, salud pública, etc.) para proteger la biodiversidad. En este contexto, el concepto de indemnización previa por daños a la biodiversidad se ha ido desarrollando progresivamente (1), al tiempo que se ha consolidado su base normativa (2), sin que por ello se hayan eliminado todas las ambigüedades.

(10) J. G. MARTIN, 2016: p. 604.

(11) M. PRIEUR, 1981: p. 103; en la misma línea, con respecto a la decisión del Consejo de Estado francés de 27 de noviembre de 1985: J. UNTERMAIER, 1986: p. 381. Este autor consideró que «compensar es destruir mientras se pretende proteger».

1. Un diseño integral

«Hay dos maneras de “reparar lo vivo” cuando ha sido dañado. La responsabilidad es la herramienta más común, ya que consiste, para el autor del daño, en restablecer la situación a su estado inicial, es decir, en borrar el daño causado. La indemnización es el otro remedio, más inusual en la tradición jurídica, ya que acepta que el daño se cometa si la persona que lo inflige puede reproducir, en otro lugar, un bien de valor equivalente» (12). No se pueden decir mejor las cosas y no se pueden sintetizar mejor los defectos casi congénitos de los que es portadora la compensación.

Sin entrar en un debate ético, cabe señalar que lo que llama la atención de inmediato sobre la compensación previa de los daños a la biodiversidad en el contexto de los proyectos de desarrollo es que la cuestión se ha construido, desde el principio, a caballo entre el derecho ambiental y el derecho económico, ya que el tema en cuestión implica tanto la protección del medio ambiente como las preocupaciones económicas. Tanto es así que hoy en día no se puede llevar a cabo ningún proyecto sin prestar especial atención a los impactos ambientales y a los medios para mitigarlos y/o compensarlos. La idea que subyace a cualquier proyecto de desarrollo es tratar de anticipar las consecuencias de los daños futuros. Así, según el artículo L. 163-1 del Código del Medio Ambiente, la finalidad de las medidas de compensación de la biodiversidad es «compensar, en función de su equivalencia ecológica, los daños previstos o previsibles causados a la biodiversidad por la realización de un proyecto u obra, o por la puesta en marcha de actividades o la ejecución de un plan, esquema, programa u otro documento de planificación».

Se confirma así la idea, formulada ya en 1976, según la cual en la legislación francesa hay que compensar las obras, estructuras y desarrollos que requieren un estudio de impacto. Sobre todo, prevalece aquí el concepto de que las medidas de compensación deben estar vinculadas al principio de prevención y corrección de los daños ambientales. En otras palabras, la ley de 2016 no considera la compensación como un principio autónomo del derecho ambiental, al contrario de lo que se pensó durante un tiempo (13). Sin embargo, la compensación está cada vez más presente tanto en el derecho ambiental como en el derecho urbanístico. Y, sin duda, habría merecido vincularse, o al menos tener sus vínculos claramente identificados, con otras medidas de indemnización, esta vez específicas para la reparación del daño, es decir, interviniendo *a posteriori*, ya no preventivas sino reparadoras (14),

(12) B. GRIMONPREZ, 2017: p. 682.

(13) P. STEICHEN, 2009: p. 143.

(14) Las medidas de reparación tienen lugar en el contexto de la aplicación de un régimen de responsabilidad (civil, penal o administrativa) para reparar el daño, principalmente mediante la restauración del sitio dañado.

como ocurre en el ámbito de la responsabilidad medioambiental (15) o en el de la indemnización por daños ecológicos (16).

Aunque hay que celebrar su presencia y su difusión cada vez más amplia, lo cierto es que la compensación no es el primer paso en la construcción del enfoque, ya que la ley establece una forma de priorización. Priorización porque la compensación es parte de un todo y, más precisamente, al final de un proceso de tres etapas: primero, las etapas de evitar los impactos ambientales, luego de reducirlos. Por último, la compensación de los impactos residuales del proyecto, plan o programa si las dos etapas anteriores no han permitido eliminarlos. Desde este punto de vista, la compensación debe aplicarse, de forma proporcionada a los temas en juego, a todo tipo de planes, programas y proyectos en el marco de los procedimientos de autorización administrativa (estudio de impacto o estudio de impacto temático, Natura 2000, especies protegidas, etc.). Tiene lugar antes de un plan o proyecto autorizado por las autoridades públicas y pretende anticiparse a las consecuencias de futuros daños. A diferencia de las medidas de reducción, las medidas de compensación se aplican, en principio, en otro sitio (17). En otras palabras, la compensación sólo se aplicará si las demás medidas no han sido suficientes por sí solas para eliminar el daño medioambiental. Esta forma de subsidiariedad marca así la concepción que el ordenamiento jurídico tiene de la indemnización previa. A este respecto, el Ministerio de Ecología se preocupa de subrayar que «cuando sea necesario y posible», los impactos negativos significativos de los proyectos y programas en el medio ambiente deben compensarse (18).

Esto significa que, como tercer paso en la secuencia «evitar, reducir y compensar», se utiliza la compensación ecológica cuando no se pueden evitar o reducir los impactos sobre la biodiversidad causados por proyectos, planes o programas. A continuación, deben aplicarse medidas de compensación para generar ganancias al menos iguales a las pérdidas generadas. Esto significa que si, tras la aplicación de las medidas de evitación y reducción, quedan impactos residuales, la compensación ecológica sigue siendo la última posibilidad para cumplir el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad. Puede concebirse entonces como una operación para compensar los daños, que no pueden evitarse ni reducirse, que un proyecto causa al medio ambiente, mediante medidas destinadas a restaurar, o incluso crear, en otros sitios, las funciones y entornos ecológicos perdidos.

(15) Artículo L. 161-1 y siguientes del Código de Medio Ambiente.

(16) La ley de 2016 consagró por primera vez la indemnización por daños ecológicos en el Código Civil; ahora se incluye en los artículos 1246 y siguientes.

(17) En general, véase M. LUCAS, 2015.

(18) COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2021.

El mismo ministerio lamenta que la evitación se descuide con demasiada frecuencia, «a pesar de que es la mejor manera de prevenir los daños a la biodiversidad» (19). Es evidente que el planteamiento, al subrayar la importancia de esta etapa, no da prioridad a la compensación, sino que la considera un último remedio, la tercera y última secuencia del tríptico. Además, vincular las tres etapas dentro del mismo paquete «ERC» significa correr el riesgo de ver la compensación como una especie de solución de segundo orden, es decir, como una forma de evitar la obligación de evitar y/o reducir los daños ambientales. La administración evaluará la utilidad de un proyecto verificando el cumplimiento global de estas obligaciones, mediante un enfoque que, al postular la unidad de la secuencia «ERC», no jerarquiza los tres elementos del tríptico. Algunos autores también han señalado este «defecto» o riesgo de «deriva» que sólo podría haberse evitado desvinculando «la fase de 'compensación' de los dos primeros elementos de la secuencia», lo que habría permitido evaluar la regularidad de un proyecto o programa una vez realizadas las medidas de evitación y mitigación (20). De este modo, la aceptabilidad del proyecto se habría examinado en relación con los daños residuales al medio ambiente, es decir, en relación con los daños residuales al medio ambiente, que serían los únicos que habría que compensar. Así, la indemnización habría seguido siendo realmente una medida de reparación de los daños residuales.

Así pues, sean cuales sean las valoraciones, reservas o dudas, ahora existe un consenso sobre la definición de compensación. Las medidas de compensación se definen generalmente como «acciones ecológicas que permiten compensar las pérdidas de biodiversidad debidas a proyectos de desarrollo, cuando el promotor no ha podido evitar o reducir estas pérdidas» (21). Por lo tanto, no cabe duda de que la compensación es un componente del tríptico «ERC» aplicado en el contexto de proyectos de desarrollo o construcción de cierta envergadura. También es indudable el reconocimiento que ha recibido en la legislación francesa en los últimos años.

2. Una base normativa consolidada

En cuanto a la compensación, el objetivo declarado es evitar una pérdida neta de biodiversidad —a veces denominada equivalencia ecológica— o incluso ganar en biodiversidad. En efecto, para ser precisos, el artículo L. 163-1-I, párrafo 2, establece que «las medidas de compensación de los daños a la biodiversidad tienen por objeto evitar una pérdida neta, o incluso una

(19) *Ibid*, p. 3.

(20) G. J. MARTIN, 2016: p. 607.

(21) COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2021: p. 7.

ganancia, de biodiversidad. Deben dar lugar a una obligación de resultados y ser eficaces durante toda la duración del daño. No pueden sustituir a las medidas de evitación y reducción». Los términos utilizados son especialmente notables y la obligación de respetar la secuencia «evitar, reducir y compensar» para cualquier proyecto que afecte a la biodiversidad y a los servicios que ésta proporciona está ahora consagrada en la ley. Si la secuencia de evitar, reducir y compensar no se aplica satisfactoriamente, el proyecto no puede autorizarse tal cual. Esta es una de las aportaciones esenciales de la ley del 8 de agosto de 2016 para la recuperación de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes (22). En esencia, se trata de una obligación para los promotores que destruyen espacios naturales de compensar sus molestias con medidas que favorezcan la biodiversidad.

Sin embargo, en Francia, las medidas de compensación no tienen la misma fuerza, según se apliquen para compensar daños a la biodiversidad protegida o a la biodiversidad ordinaria (23). De hecho, en la legislación francesa existe una forma de «biodiversidad protegida», es decir, mejor protegida, por decirlo de forma sencilla, cuya obligación de compensación se deriva del derecho de la Unión Europea y está vigente desde hace unos treinta años. Para entenderlo, hay que situarse en el contexto, que es el de las zonas de especial protección para las aves y las zonas de especial conservación de los hábitats naturales que componen la red de protección europea llamada Natura 2000, y que representan zonas de biodiversidad protegida. En la legislación francesa, esta red agrupa las zonas de protección especial y las zonas de conservación especial, que aparecieron con la transposición de la directiva «Hábitats» de 1992. En este contexto, si hay riesgo de dañar un sitio de la red Natura 2000, es decir, si el análisis del proyecto muestra que puede tener efectos nocivos significativos, durante o después de su ejecución, el expediente debe contener una declaración de las medidas que se adoptarán para eliminar o reducir esos efectos nocivos. Cuando los efectos negativos persisten después de estas medidas de evitación o reducción, el expediente de evaluación debe exponer también las soluciones alternativas que pueden preverse, así como los elementos que permiten justificar la realización del proyecto, es decir, la demostración de razones imperiosas de interés público superior y la propuesta de medidas compensatorias. El artículo L. 414-4 del Código del Medio Ambiente establece la obligación de demostrar razones imperiosas de interés público de primer orden y medidas de compensación cuando las medidas de evitación y reducción no consigan por sí solas eliminar todos los efectos negativos del proyecto en un sitio Natura 2000.

(22) Ley n° 2016-1087 para la reconquista de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes, *prec.*

(23) P. STEICHEN, 2019: p. 707 y ss.

Además, si el sitio de la zona Natura 2000 contiene también un hábitat o una especie prioritaria, deben justificarse razones de salud o seguridad pública, o deben demostrarse beneficios medioambientales significativos, o, según el dictamen de la Comisión Europea, deben demostrarse otras razones imperiosas de interés público de primer orden. Por lo tanto, sólo si se superan estos dos obstáculos —la demostración de la ausencia de una solución alternativa y la demostración de un interés público superior— las medidas compensatorias deben «permitir una compensación efectiva y proporcionada con respecto al deterioro de los objetivos de conservación del sitio o sitios de Natura 2000 afectados y el mantenimiento de la coherencia global de la red Natura 2000» (24).

Fuera de las zonas Natura 2000, es decir, cuando se trata de la biodiversidad ordinaria, la ley prohíbe los daños a los hábitats y a las especies animales y vegetales protegidas, pero sólo si figuran en las listas de especies protegidas, y ello independientemente del lugar donde se encuentren. Además, es posible establecer una excepción a esta prohibición por «razones imperiosas de gran interés público, incluidas las de carácter social o económico». Para ello debe cumplirse una doble condición, que consiste, por un lado, en que «no exista otra solución satisfactoria» y, por otro, «que la excepción no perjudique el mantenimiento, en un estado de conservación favorable, de las poblaciones de las especies afectadas en su área de distribución natural» (25). Desde este punto de vista, fuera del ámbito de la biodiversidad protegida, es decir, en el ámbito de la biodiversidad ordinaria, la protección y, con ella, la compensación de hábitats y especies, parecen menos rigurosas y, por tanto, potencialmente menos eficaces. Sin embargo, la ley de 8 de agosto de 2016 para la reconquista de la biodiversidad ha transformado considerablemente el panorama de las medidas de compensación al crear un régimen común para todo este tipo de medidas (26).

El nuevo principio establecido por la ley es notable. Es una base común sobre la que se pueden basar los diferentes tipos de medidas compensatorias. En cuanto al ámbito de aplicación del nuevo sistema, sin establecer una obligación general e indiferenciada de compensación, el Código del Medio Ambiente, en su artículo L. 163-1, prevé ahora que las medidas de compensación sean obligatorias por un texto legislativo o reglamentario. En otras palabras, las medidas de compensación sólo son obligatorias si se han previsto en un texto, por un lado, y para compensar los «daños previstos o

(24) Artículo R. 414-23, IV, 2° del Código del Medio Ambiente.

(25) Artículo L. 411-2, 4° del Código del Medio Ambiente.

(26) Sin embargo, la ley de 2016 no menciona el hecho de que las medidas de compensación también pueden adoptarse en el contexto de la reparación de daños, ya sea en el marco de la responsabilidad medioambiental o del régimen de responsabilidad civil.

previsibles a la biodiversidad» causados por la realización de un «proyecto», «actividades» o la ejecución de un plan, esquema, programa u otro documento de planificación», por otro. A partir de ahora, las modalidades de compensación están definidas por la ley y recogidas en esta disposición del Código del Medio Ambiente, sin que por ello se eliminen todas las ambigüedades, esta vez en cuanto a su aplicación.

III. LA APLICACIÓN IMPERFECTA DE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN ECOLÓGICA

Si bien la consagración de la obligación de compensación es notable, la obligación de resultados que la ley establece en este ámbito no deja de suscitar interrogantes, al igual que la noción de ganancia de biodiversidad (27). ¿Cómo se evaluará el cumplimiento de la equivalencia ecológica y la ausencia de pérdida neta de biodiversidad? No hay nada muy preciso en la normativa francesa, en concreto en la ley de 2016, que se limita a decir que «las medidas de compensación se aplican de forma prioritaria en el sitio dañado o, en todo caso, en sus proximidades para garantizar sus funcionalidades de forma sostenible». En cuanto a la obligación de obtener resultados, se trata probablemente de una concesión al lenguaje cotidiano más que de una referencia al concepto jurídico riguroso del derecho de las obligaciones. Como se ha señalado, no parece que se trate de volver al «*statu quo ante*», sino sólo de «aplicar la reparación menos mala del daño» (28). De tal modo que la definición de las modalidades de aplicación de la compensación (1), así como la formación del mercado indispensable para esta aplicación (2), siguen siendo incompletas.

1. La definición parcial de las modalidades de aplicación de la compensación

Una vez establecida la noción de compensación, se plantea la cuestión de cómo compensarla en la práctica. El abanico de medidas a aplicar no está limitado: puede corresponder a trabajos de restauración de entornos o especies (reintroducción de especies, refuerzo de poblaciones), a operaciones de gestión (conservación y/o restauración), a procesos inmateriales (formación o sensibilización de los usuarios o gestores del sitio, financiación de tesis) e incluso a operaciones de protección (por ejemplo, creación de una reserva natural) o a la compra y protección de entornos comparables.

(27) A. VAN LANG, 2016: p. 588 y siguientes.

(28) G. J. MARTIN, 2016: p. 610.

Sin embargo, aparte de estos pocos ejemplos, la ley ofrece en realidad una alternativa entre tres opciones: las medidas pueden ser aplicadas directamente por el propietario del proyecto, o contratando a un «operador de compensación», o adquiriendo unidades de compensación en el marco de un «sitio de compensación natural». Esta última posibilidad es una de las innovaciones más importantes de la ley. Veamos cada una de ellas por un momento. En primer lugar, la persona sujeta a la obligación de compensación puede cumplirla directamente, es decir, asegurarse la propiedad de un terreno en el que aplicaría las medidas de compensación. En cualquier caso, al tratarse de una indemnización, los terrenos en cuestión no deben estar demasiado alejados del sitio de los daños medioambientales causados por el proyecto, ya que el artículo L. 163-1-II del Código del Medio Ambiente dispone que «las medidas de indemnización se aplicarán prioritariamente en el sitio dañado o, en cualquier caso, en sus proximidades». Este primer método de aplicación es, por tanto, especialmente delicado de realizar, como se puede imaginar, y poco frecuente en la práctica, dadas las limitaciones que impone al operador para ser eficaz.

En segundo lugar, la persona obligada a indemnizar puede entonces preferir, como permite la ley, confiar «por contrato, la ejecución de estas medidas a un operador de compensación», una persona pública o privada encargada de ejecutarlas «en nombre de esta persona y de coordinarlas a largo plazo» (29). En este caso, el artículo 163-2 del Código del Medio Ambiente precisa que el «contrato celebrado con el propietario y, en su caso, con el arrendatario o el operador, define la naturaleza de las medidas de compensación y sus modalidades de aplicación, así como su duración». Finalmente, se ofrece una última opción, quizá la más destacada: el deudor de la obligación de compensación puede optar por adquirir «unidades de compensación en el marco de un sitio natural de compensación», es decir, recurrir a un profesional o a un especialista en compensación que habrá producido, en sus propios sitios, un valor ecológico traducido en unidades de compensación, es decir, valores negociables que pueden adquirirse para cumplir la obligación de compensación. A este respecto, los sitios naturales de compensación son definidos por el código como «operaciones de restauración o desarrollo que pueden ser emprendidas por personas públicas o privadas para aplicar medidas compensatorias de forma anticipada y mutualizada».

Es decir, la ley de 2016 crea esta nueva fórmula de sitios naturales de compensación, aprobada por el Ministerio y acompañada de la creación de la condición de operador de compensación ecológica. La adquisición de unidades de compensación ecológicamente equivalentes de un sitio natural de

(29) Artículo 163-1-III del Código del Medio Ambiente.

compensación es una nueva posibilidad que ofrece la ley. Según el principio de la «oferta de compensación», dado que los promotores tienen dificultades para adquirir, restaurar y gestionar espacios naturales como compensaciones, sobre todo a largo plazo, es necesario anticiparse a la demanda creando un stock permanente de compensaciones (o proyectos de compensación) que estos promotores puedan comprar, a veces en forma de unidades de biodiversidad, en lugar de encargarse ellos mismos de su ejecución. Aunque es notable, esta posibilidad no elimina toda la incertidumbre, e incluso genera alguna; en particular, hay que señalar que estas unidades de compensación deben crearse, obviamente, en un sitio situado cerca del proyecto que causó el daño y que deben corresponder, en la naturaleza y sobre el terreno, a las obligaciones de compensación impuestas al iniciador del proyecto.

Así pues, este último método, por extraordinario que sea, plantea sin embargo cuestiones recurrentes sobre la aplicación de la obligación de indemnizar y, más concretamente, sobre la evaluación de las indemnizaciones que deben concederse, su durabilidad y su eficacia. Desde este punto de vista, la primera dificultad es la elección del terreno adecuado. Además, ¿se comprará o alquilará? ¿Por quién? ¿Y qué pasará con él al final del periodo de compensación necesario para el proyecto? Todas estas son cuestiones que no están reguladas por los textos. Este es también el caso de la duración de la compensación; según el código medioambiental, mientras exista el proyecto de desarrollo o la actividad que requiere medidas de compensación, estas medidas deben continuar. En otras palabras, las medidas de compensación deben continuar mientras dure el daño, es decir, mientras continúe el trabajo o la actividad que las requirió. Por lo tanto, la duración del contrato debe estar en consonancia con esta limitación. Sin embargo, si no es así, es difícil decir qué consecuencia debe extraerse o, más exactamente, qué debe hacerse para restablecer la compensación a su estado adecuado. También está la cuestión del estatus de los operadores de compensación. Dado que están llamados a desempeñar un papel esencial en el sistema, estos operadores de compensación no pueden ser ignorados. Sin embargo, esta cuestión se refiere al papel que deben desempeñar los poderes públicos en la regulación de estas obligaciones y el mercado que debe surgir.

2. La formación sin precedentes de un mercado de compensación

Aunque la compensación se beneficia de la fuerza de su consagración normativa, ésta no ha eliminado todas las incertidumbres, ni siquiera los defectos, que rodean esta noción y la obligación que conlleva. La resistencia intelectual y dogmática a la compensación es real y justifica, en particular, la regulación del mercado de la compensación. En primer lugar, hay que señalar que «en todos los casos, el propietario del proyecto sigue siendo el único responsable ante

la autoridad administrativa que prescribió las medidas de compensación». Así pues, la administración tendrá que encargarse de supervisar los intercambios entre el promotor o el iniciador del proyecto y las personas – operador de compensación ocasional o de un sitio natural de compensación – con las que tendrá que tratar para cumplir su obligación. En otras palabras, las disposiciones que ahora se incluyen en el Código de Medio Ambiente invitan claramente a la entidad pública a no ignorar o descuidar su función de supervisión. En efecto, de esta disposición se desprende que la administración está dotada por la ley de poderes suficientes para obligar al deudor de la obligación de indemnización a cumplir. En este sentido, hay que recordar que las medidas de compensación deben tener como objetivo garantizar las funcionalidades del sitio dañado y dar prioridad a la realización de la compensación *in situ* o en las inmediaciones. Estos métodos de compensación pueden aplicarse de forma alternativa o acumulativa.

Todos estos elementos deberán ser evaluados por la administración. Además, una vez más, este capítulo del Código de Medio Ambiente contiene normas que se refieren claramente a la acción de control de la administración. Por ejemplo, las medidas de compensación deben estar geolocalizadas y descritas en un sistema nacional de información geográfica accesible al público. Son los propietarios de los proyectos los que proporcionan a los servicios estatales todos los datos necesarios para llevar este registro. Además, la ley prevé que la autoridad administrativa pueda pedir al promotor garantías financieras para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de compensación, ordenar medidas adicionales mediante un requerimiento al promotor para que lleve a cabo las medidas de compensación o hacer que se lleven a cabo de forma automática, con cargo al promotor, por un operador de compensación o un sitio natural de compensación autorizado.

La ley también establece que la Oficina Francesa de la Biodiversidad (30) es responsable del seguimiento de las medidas de compensación (31) y debe elaborar un inventario nacional de los espacios naturales con un alto potencial de ganancia ecológica que pueden ser movilizados para aplicar las medidas de compensación (parcelas pertenecientes a entidades jurídicas de derecho público o terrenos abandonados). Por último, los artículos L. 163-2 y L. 163-3 del Código del Medio Ambiente definen el régimen de compensación por oferta, mientras que la ley dispone explícitamente que los bonos ambientales

(30) Originalmente era la Agencia Francesa para la Biodiversidad, una institución administrativa pública creada por la ley de 2016 sobre la reconquista de la biodiversidad. La Ley n° 2019-773 de 24 de julio de 2019, por la que se crea la Oficina Francesa de la Biodiversidad y la Caza, fusiona la Agencia Francesa de la Biodiversidad y la Oficina Nacional de la Caza y la Fauna Silvestre con efecto a partir del 1^{er} de enero de 2020.

(31) Artículo L. 131-9 del Código del Medio Ambiente.

reales, un instrumento innovador, pueden utilizarse para la compensación. Las condiciones para obtener la aprobación de los sitios naturales de compensación, emitidas por la administración, también se especificaron en 2017 (32). En particular, se especifican las condiciones relativas a la capacidad técnica y financiera de las personas que pueden crear operaciones de restauración autorizadas. La restauración debe ser previa a la venta de unidades de compensación, lo que es esencial para mantener la biodiversidad, ya que la compensación se produce antes de la destrucción para permitir la supervivencia de las especies. Una orden establece la composición de una solicitud de aprobación de un sitio natural de compensación (33).

En Francia, sólo hay un operador de compensación. Se trata de CDC Biodiversité, filial al cien por cien del grupo Caisse des dépôts et consignations. Se define como un operador de compensación que ofrece a los propietarios de proyectos públicos y privados soluciones de compensación ecológica, territorial y financiera listas para usar en el contexto de las operaciones de creación de infraestructuras de transporte, generalmente (34). Desde su creación en 2008, la CDC Biodiversité ha llevado a cabo una primera operación en Saint-Martin-de-Crau, en la región de Bouches-du-Rhône, donde adquirió 357 hectáreas de antiguos huertos que luego pudo restaurar y ofrecer, así como una veintena de operaciones listas para su uso, como la compensación ecológica de la autopista Langon-Pau.

La intención, tal y como destacan las disposiciones de la ley de 2016, ahora incluidas en el código medioambiental, es establecer un marco para la venta de activos por parte del Estado. Esto no oculta las dificultades que plantea la creación de un mercado nacional de compensación ecológica. Con el objetivo de conseguir que no haya pérdida neta de biodiversidad, sigue habiendo incertidumbres en cuanto al conocimiento de la eficacia de las medidas de compensación que se aplican actualmente, sobre todo en lo que respecta a los indicadores indirectos, las dimensiones espaciales y temporales de estas medidas, los impactos en la biodiversidad protegida y no protegida, y el papel de los microhábitats. En segundo lugar, más allá de la presencia de los servicios de control de la administración, queda la cuestión del control

(32) Mediante el Decreto n° 2017-264, de 28 de febrero de 2017, relativo a la aprobación de los sitios naturales de compensación y el Decreto n° 2017-265, de 28 de febrero de 2017, relativo a la aprobación de los sitios naturales de compensación.

(33) Orden de 10 de abril de 2017 por la que se establece la composición de un expediente de solicitud de aprobación de un sitio natural de compensación previsto en el artículo D. 163-3 del Código del Medio Ambiente.

(34) Se trata de una primera experiencia, inspirada en el sistema americano de bancos de compensación, puesta en marcha en 2008 por CDC Biodiversité en colaboración con el Ministerio de Ecología. En su momento, se denominó «reserva de activos naturales». A partir de ahora, el término es «sitio natural de compensación».

real de la aplicación de las medidas de compensación propuestas por los propietarios del proyecto. Por último, parece que los propietarios de los proyectos prefieren desarrollar sus competencias internas (ingeniería ecológica, finanzas y terrenos) en el ámbito de las medidas de compensación en lugar de recurrir a un tercero. Esta tendencia explica sin duda que, aparte de CDC Biodiversité, no haya surgido ningún otro competidor de tamaño equivalente en Francia desde 2008.

Para concluir, intentemos cerrar el círculo y observar que la compensación puede parecer tanto un sueño como una pesadilla: un sueño porque permite limitar la erosión de la biodiversidad, pero también una pesadilla porque reduce la biodiversidad a unidades contables y corre el riesgo de fomentar el desarrollo (35). Aunque la compensación ecológica puede limitar los costes ecológicos de un proyecto, no se puede ignorar que también puede utilizarse para legitimar la destrucción de espacios naturales. A este respecto, son los propios procedimientos de compensación, desde el punto de vista de su funcionamiento, los que pueden suscitar preocupación, sobre todo porque el dispositivo institucional sigue siendo, tal vez, insuficientemente restrictivo. Así, las controversias en torno a la compensación ecológica se refieren a la idea misma de compensación, pero también a los métodos para su aplicación y, por último, a la forma de evaluar la naturaleza cuya destrucción no puede evitarse. No cabe duda de que su institucionalización, que aún no se ha completado (36), debería eliminar algunos de estos obstáculos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE (2021): Guide de mise en œuvre de l'approche standardisée du dimensionnement de la compensation écologique, Ministère de la transition écologique, 149 p.
- (2012): Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel, Ministère de l'Écologie, du développement durable des transports et du logement, p. 1-9.
- DEVICTOR, Vincent (2018): «La compensación ecológica: fundamentos epistémicos y reconfiguraciones tecnocientíficas», en *Natures Sciences Sociétés*, EDP Sciences, 26 (2), pp. 136-149.

(35) V. DEVICTOR, 2018: p. 140. La idea subyacente de muchos autores es que compensamos donde no somos responsables y donde no reparamos.

(36) El 11 de enero de 2021, Francia adoptó una nueva estrategia nacional titulada «Áreas protegidas 2021-2030», que supone un paso adelante en las políticas de preservación de los espacios naturales. Sin embargo, también en este caso, la magnitud de las medidas de compensación debe garantizar realmente la equivalencia ecológica.

- GRIMONPREZ, Benoît (2017): «Réparer le vivant: éthique de la compensation», *Revue juridique de l'environnement*, 2017, vol. 42, p. 681-691.
- LUCAS, Marthe (2015): Étude juridique de la compensation écologique, Paris, LGDJ, Collection Thèses, 652 p.
- MARTIN, J. Gilles (2016): «La compensación ecológica: de la clandestinidad honrada al afichamiento mal asumido», *Revue juridique de l'environnement*, 2016, n° 4, p. 601-616, espec. p. 604.
- PRIEUR, Michel (1981): «Le respect de l'environnement et les études d'impact», en *Revue juridique de l'environnement*, 1981, n° 2, p. 103-128.
- STEICHEN, Pascale (2009): «Le principe de compensation: un nouveau principe du droit de l'environnement», en Chantal CANS (ed.), *La responsabilité environnementale – prévention, imputation, réparation*, Paris, Dalloz, 2009, Coll. Thèmes et commentaires, p. 143
- STEICHEN, Pascale (2019): «La compensación previsible de los atentados a la biodiversidad en el marco de los proyectos de gestión. Biodiversité protégée et biodiversité ordinaire: deux poids, deux mesures ?», en *Revue juridique de l'environnement*, vol. 44, p. 705-724.
- UNTERMAIER, Jean (1986): «De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé, Commentaire de l'arrêt du CE du 27 novembre 1985, Commune de Chamonix-Mont Blanc», en *Revue juridique de l'environnement*, n°4, p. 381-412
- VAN LANG, Agathe (2016) : « La compensación de los atentados a la biodiversidad: de la utilidad técnica de un dispositivo ético contestable», en *Revue de droit immobilier*, n° 11, p. 586-592