



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE DE SEVILLA, ESPAÑA.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL:

El acceso a la justicia civil en supuestos de daños ambientales
causados por grupos transnacionales de sociedades con matrices
europeas.

Presentada por LAURA GARCÍA ÁLVAREZ para optar al grado de Doctora en
Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Dirigida por:
DR. ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

Depositada en Sevilla, a 28 de julio de 2015.

*A mis padres, Isabel y Pepe,
a los que les debo
lo mejor de lo que soy.*

“À un monde différent répondront des représentations collectives nouvelles. Ce monde ne s’ouvre pas seulement aux ingénieurs et aux poètes. Il appartient aux juristes d’en prendre conscience pour se préparer à les traduire en règles de Droit. C’est la conviction qu’une tâche immense s’ouvre devant nous que j’ai tenté de vous faire partager”¹.

¹ R. RODIÈRE, “Responsabilité civile et risque atomique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°11, 1959, pp. 505-518, p. 518.

AGRADECIMIENTOS

A mi maestro, Andrés Rodríguez Benot, por sus siempre amables consejos y correcciones, por su gran ejemplo de trabajo y buen hacer en la Universidad, por la confianza que ha depositado en mí y por tantos ánimos a lo largo de este tiempo.

A todos los compañeros que hacen de la Universidad un lugar mejor, más comprometido, acogedor y crítico. Especialmente, a Ignacio Colomer, por su ayuda desinteresada y por todo lo que me ha enseñado desde que le conocí, y a Olga García, compañera de doctorado y amiga, que ha conseguido que este camino no sea demasiado largo ni demasiado pesado. A Alfonso Ybarra, por su disponibilidad y asesoramiento. Al equipo del CEDAT de la Universitat Rovira i Virgili, a Alfonso Calvo, a Javier Carrascosa y a todo su equipo de la Universidad de Murcia, a Maribel Lucena, a Juan Pablo Pérez, a Alcmena Moreira y a tantos otros compañeros de la UPO que hacen que la vida en la universidad sea más amable y satisfactoria. Y, cómo no, a Carmen Velasco, que ha sido, desde que comencé a estudiar Derecho, maestra, guía y amiga.

A Marlijn Dingshoff, de la ONG neerlandesa Milieudefensie, a Lewis Gordon, director del Environmental Defender Law Center (EDCL) y a Johan Öberg, abogado del despacho sueco Carat Law, por su amable colaboración y su ejemplo en la defensa de los derechos humanos y de la justicia.

A todos los que me han cuidado, animado y acompañado en estos años. Especialmente, a Lourdes y Fernando, por estar siempre ahí.

A los mejores amigos que alguien pueda imaginar; por los ánimos, por la confianza, por tantos buenos momentos, por recordarme quién soy cuando lo olvido. Sois un tesoro.

A mis sobrinos, que me recuerdan lo que de verdad merece la pena en la vida.

A todos los hombres y mujeres que se dejan interpelar con valentía por este mundo de desigualdades y contradicciones, sin resignarse, imaginando y construyendo, crítica y lúcidamente, caminos para la esperanza. En la Universidad y en cualquier sitio. Han sido y siguen siendo mi inspiración y mi ejemplo.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|----|
| RESUMEN | 16 |
| ABSTRACT | 20 |
| | |
| INTRODUCCIÓN: EL ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL EN SUPUESTOS DE DAÑOS AMBIENTALES CAUSADOS POR GRUPOS SOCIETARIOS TRANSNACIONALES CON MATRICES EUROPEAS | 24 |
| | |
| I. Objeto de la investigación..... | 25 |
| | |
| II. Justificación de la elección del objeto de investigación..... | 36 |
| 2.1. En relación a los daños ambientales..... | 37 |
| 2.2. En relación a los grupos societarios transnacionales..... | 42 |
| | |
| III. Estructura de la investigación. | 47 |
| | |
| IV. Exclusiones..... | 50 |
| 4.1. En relación a la exclusión del estudio de la determinación del Derecho aplicable.... | 50 |
| 4.2. En relación a la exclusión del estudio del reconocimiento y ejecución de resoluciones..... | 58 |
| 4.3. Otras exclusiones..... | 61 |
| | |
| CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES. APROXIMACIÓN A LOS DAÑOS AMBIENTALES Y A LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE GRUPO. LA CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO | 63 |
| | |
| I. Introducción..... | 64 |
| | |
| II. Los daños ambientales y el Derecho internacional privado: la problemática de su calificación jurídica..... | 67 |
| 2.1. La pluralidad de intereses concurrentes en los llamados genéricamente “daños ambientales”..... | 69 |
| 2.1.1. Daño ecológico. | 70 |

| | |
|--|-----|
| 2.1.2. Daño al interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable..... | 79 |
| 2.1.3. Daño a derechos subjetivos individuales..... | 86 |
| 2.2. El ámbito de aplicación de las normas de Derecho internacional privado ante los daños ambientales y la calificación de la responsabilidad a la que dan lugar..... | 89 |
| III. Los grupos transnacionales de sociedades..... | 96 |
| 3.1. Aproximación al concepto de los grupos transnacionales de sociedades..... | 96 |
| 3.1.1. El contraste entre su papel protagonista en la actividad empresarial internacional y su invisibilidad jurídica..... | 96 |
| 3.1.2. Las estructuras organizativas y las figuras afines..... | 102 |
| 3.2. La calificación en el sistema español de Derecho internacional privado..... | 108 |
| 3.2.1. La calificación del vínculo de dependencia o control..... | 108 |
| 3.2.2. En Derecho español. La calificación en Derecho material nacional en defecto de norma supraestatal aplicable: hacia una nueva regulación en el Código mercantil español vs. la contenida en el Código de comercio..... | 109 |
| 3.2.3. Hacia una calificación autónoma de los “grupos de sociedades”..... | 117 |
| 3.3. El principio de la separación entre las personas jurídicas y el principio de responsabilidad limitada: ¿tiene sentido su aplicación estricta a la realidad de los grupos transnacionales de sociedades en los casos que analizamos? | 124 |
| 3.3.1. Estudio de caso: <i>Akpan vs. Shell</i> . El deber de diligencia de la empresa matriz..... | 131 |
| 3.3.1.1. Contexto del caso: el Delta del Níger, la explotación de petróleo y el Grupo Shell. | 132 |
| 3.3.1.2. Recorrido del caso <i>Shell</i> en los Países Bajos..... | 137 |
| 3.4. La flexibilización del principio de responsabilidad limitada y del de separación entre personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de los grupos de sociedades. Sus implicaciones en materia de prueba de la legitimación y del nexo causal..... | 160 |

| | |
|---|-----|
| 3.4.1. El levantamiento del velo corporativo..... | 166 |
| 3.4.1.1. El levantamiento del velo en grupos transnacionales de sociedades en supuestos de tráfico externo. La ley aplicable..... | 166 |
| 3.4.1.2. Su construcción en Derecho español..... | 171 |
| 3.4.1.3. Críticas al levantamiento del velo..... | 177 |
| 3.4.2. Presunciones para facilitar la prueba..... | 179 |
| 3.4.2.1. Presunción de control..... | 180 |
| 3.4.2.2. Presunción de falta de diligencia..... | 186 |
| 3.4.3. Responsabilidad a prorrata..... | 198 |
| 3.4.4 Otras propuestas: la responsabilidad ilimitada y la personificación del grupo..... | 199 |
| 3.5. Conclusiones y propuestas..... | 201 |

CAPÍTULO II. DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN CASOS DE DAÑOS AMBIENTALES TRANSNACIONALES. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES MULTINACIONALES COMO SUPUESTOS RESPONSABLES.....205

I. Introducción. La determinación de la jurisdicción y el acceso a la justicia en el siglo XXI. Algunas reflexiones generales.....207

II. Determinación de la autoridad competente en el sistema español de Derecho internacional privado en nuestro supuesto de hecho. Características generales.....216

III. La determinación de la autoridad competente según las fuentes supraestatales convencionales.....222

3.1. Fuentes supraestatales convencionales específicas.....223

3.1.1. Responsabilidad por daños causados a las aguas del mar por hidrocarburos.....224

3.1.1.1. Los Convenios aplicables en España: génesis y modificaciones normativas. Las principales características del régimen de responsabilidad.....224

| | |
|---|-----|
| 3.1.1.2. Normas de determinación de la autoridad competente en casos de daños por hidrocarburos en las aguas del mar: el artículo 9 del CLC de 1992..... | 230 |
| 3.1.1.3. Valoración del foro: <i>locus damni vs. locus delicti</i> y otras consideraciones..... | 233 |
| 3.1.1.4. Interacciones con foros del régimen institucional y normas de producción interna..... | 235 |
| 3.1.1.5. Daños por vertidos de hidrocarburos a las aguas del mar, grupos transnacionales y determinación de la autoridad competente..... | 238 |
| 3.1.1.6. Aplicación del régimen convencional en España: vía penal vs. civil..... | 246 |
| 3.1.1.7. Conclusiones al régimen convencional para la responsabilidad civil de daños a las aguas del mar por hidrocarburos en cuanto a la determinación de la autoridad competente..... | 251 |
| | |
| 3.1.2. Responsabilidad por daños causados por la energía nuclear: el Convenio de París de 29 de julio de 1960 y el Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963..... | 253 |
| | |
| 3.1.2.1. Normas de determinación de la autoridad competente en casos de daños nucleares: el artículo 13 del Convenio de París de 1960..... | 256 |
| 3.1.2.2. Valoración del foro: el principio de jurisdicción exclusiva..... | 257 |
| 3.1.2.3. Interacción de los foros del régimen convencional y del institucional..... | 261 |
| 3.1.2.4. Daños nucleares, grupos transnacionales y determinación de la autoridad competente..... | 263 |
| 3.1.2.5. Conclusiones al régimen convencional de responsabilidad civil por daños nucleares en lo que respecta a la determinación de la autoridad competente..... | 268 |
| | |
| 3.2. Fuentes supraestatales convencionales no específicas. Convenios generales... | 269 |
| | |
| 3.2.1. Convenios relativos al transporte de sustancias peligrosas..... | 270 |
| | |
| 3.2.2. El Convenio de Lugano de 1993, del Consejo de Europa..... | 271 |
| | |
| IV. La determinación de la autoridad competente según las fuentes supraestatales institucionales: el Reglamento 1215/2012..... | 275 |
| | |
| 4.1. El ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012..... | 277 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.1. El ámbito de aplicación espacial..... | 277 |
| 4.1.2. El ámbito de aplicación temporal..... | 279 |
| 4.1.3. El ámbito de aplicación material, con especial referencia al supuesto de hecho de la investigación..... | 280 |
| 4.1.4. El ámbito de aplicación personal..... | 284 |
| 4.1.4.1. El requisito de domiciliación en el territorio del Reglamento... | 284 |
| 4.1.4.2. La frecuente presencia de empresas con participación estatal en los grupos societarios transnacionales: ¿inmunidad de jurisdicción?... | 289 |
| 4.2. Los foros para las obligaciones extracontractuales: daños ambientales causados por empresas de grupos societarios..... | 290 |
| 4.2.1. Foro de la autonomía de la voluntad..... | 291 |
| 4.2.2. Foro general del domicilio del demandado y grupos de sociedades. Aplicación y fundamento..... | 294 |
| 4.2.3. Foro alternativo especial del artículo 7.2..... | 307 |
| 4.2.3.1. Desarrollo jurisprudencial del foro del artículo 7.2 y su paulatina configuración..... | 310 |
| 4.2.3.1.1. La concreción del lugar del daño y la valoración del derecho de <i>optio fori</i> . La regla de la ubicuidad ante los daños plurilocalizados y los ilícitos a distancia..... | 310 |
| 4.2.3.1.2. La interpretación del art. 7.2 en presencia de daños indirectos. Daños ecológicos puros y daños civiles asociados..... | 327 |
| 4.2.4. Otros foros relevantes para nuestro supuesto de hecho..... | 331 |
| 4.2.4.1. Foro de atracción en caso de sucursales, agencias o establecimientos secundarios..... | 331 |
| 4.2.4.2. Foro especial por conexidad procesal: el art. 8.1 del R 1215/2012 y el litisconsorcio pasivo..... | 333 |

| | |
|--|-----|
| 4.2.4.3. Foro para la acumulación de ilícitos civiles con ilícitos penales..... | 340 |
| 4.2.4.4. Foro para las medidas preventivas y grupos de sociedades... | 342 |
| 4.2.4.5. Foro para la adopción de medidas cautelares..... | 344 |
| 4.3. Valoración del régimen supraestatal institucional en atención a los daños ambientales causados por grupos transnacionales..... | 346 |
| V. La determinación de la autoridad competente según las fuentes de producción interna en el sistema español de Derecho internacional privado..... | 348 |
| 5.1. Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985..... | 351 |
| 5.2. La modificación de la LOPJ de 2015..... | 354 |
| VI. Las normas de producción interna en Derecho comparado en la UE: la competencia residual. Foros generales, específicos, foro de pluralidad de demandados y foro de necesidad..... | 356 |
| 6.1. Foros generales..... | 357 |
| 6.2. Foros específicos para responsabilidad extracontractual..... | 358 |
| 6.3. Foros de conexidad ante una pluralidad de demandados. En especial: el caso <i>Akpan vs. Shell</i> y el art. 7 del Código de procedimiento civil neerlandés..... | 359 |
| 6.4. <i>Forum necessitatis</i> | 369 |
| VII. Conclusiones y algunas propuestas de <i>lege ferenda</i> | 371 |
| 7.1. La heterogeneidad normativa ante demandados no domiciliados..... | 371 |
| 7.2. Sobre la conveniencia y el fundamento de que matrices y filiales ambas puedan ser juzgadas ante el tribunal del domicilio de la matriz..... | 373 |
| 7.3. Propuestas de modificación para el Reglamento 1215/2012..... | 379 |
| 7.3.1. Propuesta de aplicación del foro de conexidad del art. 8.1. a filiales no domiciliadas codemandadas con la matriz del grupo societario sí domiciliada en | |

| | |
|--|------------|
| la UE, por razones de eficiencia –social y económica-, coherencia y, también, conexión con el mercado europeo..... | 380 |
| 7.3.2. Generalización e inclusión en el Reglamento 1215/2012 del foro de necesidad..... | 386 |
| 7.3.3. La posible aplicación del 7.2. a no domiciliados..... | 389 |
| 7.3.4. La posible inclusión de un foro específico de protección para las víctimas de daños ambientales y la consecuente limitación del foro de autonomía de la voluntad..... | 391 |
| 7.3.5. Limitaciones a la sumisión de las partes..... | 393 |
| 7.3.6. Cooperación judicial en materia civil..... | 394 |
| | |
| CAPÍTULO III: DIFICULTADES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA EN SUPUESTOS DE TRÁFICO EXTERNO DE DAÑOS AMBIENTALES ANTE LA CONCURRENCIA DE INTERESES..... | 396 |
| I. El acceso a la justicia y su problemática en relación a la concurrencia de intereses de distinta naturaleza y a la pluralidad de perjudicados ante un daño ambiental transnacional... | 396 |
| II. La problemática de la legitimación ante supuestos de daños ambientales transnacionales: la pluralidad de intereses implicados y la ley aplicable como cuestión preliminar..... | 405 |
| 2.1. Lesión al bien jurídico medio ambiente o daño ecológico..... | 418 |
| 2.1.1. En el sistema español de Derecho internacional privado..... | 418 |
| 2.1.1.1. La legitimación exclusiva del Estado y el papel anecdótico de la sociedad civil..... | 419 |
| 2.1.1.2. Una posible acción popular para los daños al medio ambiente..... | 425 |
| 2.1.1.3. Los daños ecológicos transnacionales y la insuficiencia de la LRM. La ausencia de previsiones ante daños causados por grupos multinacionales en el exterior..... | 430 |
| 2.1.2. En Derecho comparado: Italia vs. Francia y Portugal..... | 434 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Lesión al derecho o interés legítimo supraindividual al disfrute de un medio ambiente adecuado..... | 449 |
| 2.2.1 En el sistema español de Derecho internacional privado: normas en defecto de instrumento supraestatal aplicable. La confusión reinante y la falta de reconocimiento expreso..... | 449 |
| 2.2.2. En Derecho comparado..... | 454 |
| 2.2.2.1. Por aproximación al interés supraindividual. La vía de los daños morales a la asociación: Países Bajos y Francia..... | 457 |
| 2.2.2.2. El reconocimiento del interés o derecho supraindividual de manera directa: Portugal. Suiza: las aportaciones doctrinales. Brasil. Argentina..... | 463 |
| 2.3. Lesión a los derechos individuales homogéneos..... | 474 |
| III. Acciones colectivas..... | 477 |
| 3.1. Los retos a los mecanismos procesales tradicionales y la relevancia para el Derecho internacional privado..... | 477 |
| 3.2. Acciones colectivas y competencia judicial internacional en el sistema español de Derecho internacional privado..... | 480 |
| 3.2.1. En presencia de normas supraestatales..... | 480 |
| 3.2.1.1. Normas supraestatales convencionales..... | 481 |
| 3.2.1.2. Normas supraestatales institucionales: el Reglamento 1215/2012 y las acciones colectivas..... | 481 |
| 3.2.2. Foros para acciones colectivas en defecto de instrumento supraestatal..... | 497 |
| 3.3. Las acciones colectivas en Derecho interno..... | 498 |
| 3.3.1. En Derecho español..... | 498 |
| 3.3.2. En Derecho comparado..... | 513 |
| 3.3.2.1. Países pertenecientes a la UE..... | 514 |

| | |
|---|-----|
| 3.3.2.1.1. Países con acciones colectivas reguladas de manera general: Portugal, Suecia, Países Bajos, Dinamarca, Inglaterra y Gales..... | 515 |
| 3.3.2.1.2. Países con acciones colectivas reguladas solo para sectores específicos: Italia, Bélgica, Alemania, España..... | 521 |
| 3.3.2.1.3. Países sin acciones colectivas: República Checa y Escocia..... | 527 |
| 3.2.2.2 Países no pertenecientes a la UE: Brasil y México..... | 528 |
| IV. Propuestas y posibilidades en relación a la pluralidad de demandantes en procesos civiles por daños ambientales..... | 532 |
| 4.1. Sobre la necesidad de reformas: ¿cuáles son los principales obstáculos y disfuncionalidades en el acceso a la justicia?..... | 532 |
| 4.2. Propuestas de <i>lege ferenda</i> a nivel supraestatal..... | 540 |
| 4.3. Propuestas de <i>lege ferenda</i> a nivel estatal: normas de producción interna..... | 558 |
| CONCLUSIONES | 578 |
| CONCLUSIONS | 599 |
| ANEXO: FUENTES MANEJADAS | 619 |
| I. Bibliografía..... | 620 |
| II. Jurisprudencia..... | 653 |
| III. Materiales normativos..... | 662 |
| IV. Otras fuentes..... | 674 |

RESUMEN: EL ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL EN SUPUESTOS DE DAÑOS AMBIENTALES CAUSADOS POR GRUPOS TRANSNACIONALES DE SOCIEDADES CON MATRICES EUROPEAS.

Esta investigación explora algunos de los obstáculos para acceder a la justicia civil que afrontan las víctimas de daños ambientales que han sido verificados en terceros Estados no pertenecientes a la Unión Europea cuando aquéllos han sido presumiblemente causados por empresas pertenecientes a grupos transnacionales de sociedades cuyas matrices están domiciliadas en el territorio de la Unión. El interés en este supuesto de hecho surge de la constatación de varias realidades vinculadas íntimamente a la globalización.

En primer lugar, las sociedades mercantiles, organizadas en complejos grupos en los cuales se limitan el riesgo y la responsabilidad y se maximiza el beneficio, exportan sus actividades –muchas de ellas riesgosas- a países con regulaciones menos exigentes donde existen menores expectativas de represión y condena en caso de daños y/o abusos, ya sea por sistemas judiciales poco independientes, por instituciones débiles, por la corrupción, por la inexistencia de recursos económicos o técnicos, por la infracapitalización de la filial que es jurídicamente independiente de la matriz o por las escasas garantías procesales o de previsiones del Derecho sustantivo de la responsabilidad, entre otros factores. En estos escenarios, de países generalmente empobrecidos, en los que culpabilizar a sociedades que realizan allí grandes inversiones se convierte en una tarea prácticamente imposible, se verifican hoy muchos de los daños ambientales de gravedad. Conseguir la reparación de los daños personales y colectivos depende, en muchas ocasiones, por tanto, del éxito de una posible demanda extraterritorial en otro país con alguna conexión con el daño en el que las expectativas de eficacia en la tutela judicial sean mayores. Tal resultado tiene una importancia internacional indudable, ya que a la postre las víctimas de los daños ambientales catastróficos somos todos, por la innegable globalidad del medio ambiente.

En segundo lugar, a la vista de los resultados que los principales casos judiciales de daños ambientales han arrojado –insuficientes, tardíos o inexistentes-, el sentido común nos lleva a afirmar, más allá de las innumerables e irresueltas discusiones académicas, que su actual regulación es insatisfactoria. Los esquemas jurídicos nacionales, territoriales, pensados para realidades muy distintas a las actuales, necesitan, sin duda, repensarse. Y partir para ello del análisis de las incongruencias, dificultades y vacíos en el acceso a la justicia nos parece cuanto menos razonable para poder, posteriormente, identificar oportunidades y formular propuestas.

La configuración propiamente internacional del supuesto nos sitúa en el ámbito del Derecho internacional privado y del Derecho procesal internacional en particular, si bien, en el

intento de abordar la cuestión desde una perspectiva basada en los problemas, y por tanto necesariamente multidisciplinar y horizontal, se abordarán también cuestiones de Derecho sustantivo, público y privado, íntimamente conectados en este supuesto.

El objetivo es por tanto la comprensión de algunos de los principales obstáculos jurídicos de acceso a la justicia civil para, en último término, proponer soluciones que permitan una mejor concreción del derecho fundamental y humano a obtener una tutela judicial efectiva, así como avanzar en la protección directa e indirecta del medio ambiente. La limitación del estudio al ámbito territorial europeo y a la vía civil se debe a varias razones, entre las que se encuentran: las limitaciones del Derecho internacional público para perseguir comportamientos lesivos de sociedades multinacionales; las dificultades probatorias de la vía penal y la no generalizada imputabilidad de las mismas en los ordenamientos jurídicos; el escaso desarrollo y la difícil instrumentalización y justificación de la vía administrativa ante daños transnacionales causados por sociedades; el mayor estudio de la cuestión en otros ámbitos geográficos como EE.UU o Canadá vs. Unión Europea; la necesidad improrrogable de atender los compromisos adquiridos en materia de protección del medio ambiente y de derechos humanos y empresas (derivados de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas); la disponibilidad de la vía civil que, si bien no parece ser la vía ideal en estos supuestos, sí puede ofrecer cierta satisfacción a las víctimas de daños que, de otra forma, quedarían muchas veces sin reconocimiento alguno.

Siendo un tema de máxima actualidad, tanto por la parte del daño medioambiental como por la de la responsabilidad de grupos transnacionales de sociedades, se ha partido de los principales informes y estudios académicos y del tercer sector, así como de los casos judiciales más representativos y/o recientes para analizar varias de las cuestiones más problemáticas a juzgar por lo percibido en una aproximación al tema:

1) Los foros disponibles para las víctimas. Los foros de competencia judicial internacional en materia civil en la UE necesitan de la existencia de un vínculo con el país en cuestión que requiere, en casi todos los casos, que el demandado esté domiciliado en el Estado miembro en el que se plantea el litigio. Esto plantea una primera dificultad en nuestro supuesto de hecho ya que la filial que directamente se ve relacionada con el daño está domiciliada en el tercer Estado en el que se verificó el daño. Planteamos por tanto la posibilidad de litigar en el país de domicilio de la matriz –haciendo uso de esta conexión- aun cuando el daño haya sido extraterritorial, para lo que será necesario contemplar criterios de vinculación con conexiones más económicas que territoriales que respondan mejor a la actividad empresarial globalizada actual. Igualmente, se hace necesario analizar la justificación del principio de responsabilidad limitada e independencia societaria que rige en Derecho de sociedades y que supone una auténtica barrera a la hora de imputar responsabilidades en el seno de un grupo empresarial, de acreditar la legitimación pasiva material de la matriz y de vincular daños extraterritoriales con sociedades de otros Estados ante cuyos tribunales la

reparación pudiera ser más efectiva.

2) La determinación de la legitimación activa y la falta de mecanismos de litigación colectiva que disuade muchas veces a las víctimas de plantear demandas por daños atomizados y dispersos pero que, en global, representan un gran perjuicio tanto medioambiental como personal y colectivo. A este respecto abordaremos la compleja naturaleza de lo que llamamos genéricamente “daño ambiental”, para distinguir las distintas realidades jurídicas que lo componen y, en consecuencia, poder plantear legitimaciones más adecuadas y acciones colectivas que permitan a los litigantes superar obstáculos procesales, reducir los costes y, con todo, equilibrar mejor el poder de las partes en el proceso.

Para ello se ha estudiado no sólo la determinación de la autoridad competente en el sistema español de Derecho internacional privado o la posibilidad de que en nuestra jurisdicción las víctimas puedan reclamar -y respecto de qué daños y con qué medios-, sino que se ha considerado, con la intención de ofrecer un panorama más integrador y algunas luces sobre la posible evolución de la normativa supraestatal, el Derecho de otros Estados, dentro de la UE –especialmente- pero también de terceros países (Brasil, EE.UU., México,..) en cuestiones significativas.

Los resultados de este estudio revelan que existen importantes barreras de acceso a unos tribunales de los cuales pueda esperarse razonablemente una tutela judicial efectiva, con todo lo que eso conlleva. La localización del riesgo y del beneficio obtenido con la actividad riesgosa así como con la indudable vinculación entre ambas realidades (riesgo-beneficio *ergo* responsabilidad) que no parece reflejarse ni en las normas de imputación de responsabilidad ni en los foros disponibles para las víctimas, nos obligan a plantearnos cambios en las normas de competencia judicial internacional y Derecho procesal para responder mejor a las nuevas dinámicas de la globalización.

En este sentido, se plantean una serie de propuestas de *lege ferenda* en varios ámbitos del Derecho: 1) En materia de responsabilidad societaria, la previsión de presunciones para modificar la carga de la prueba, de normas mínimas de obligado cumplimiento para las sociedades en sus actividades extraterritoriales que conformen un deber de vigilancia, de una obligación de garantía del pago de deudas de empresas del grupo en determinadas circunstancias, la armonización de la conceptualización del grupo de sociedades, etc. 2) En el ámbito de las normas de competencia judicial internacional, la extensión de la aplicación del foro de conexidad del art. 8.1. del Reglamento 1215/2012 a demandados no domiciliados cuando exista una conexión razonable con el mercado europeo y una estructura de grupo, la generalización e inclusión en el Reglamento del foro de necesidad, la aplicación del art. 7.2 a no domiciliados en determinados supuestos o la inclusión de un foro específico de protección para las víctimas de daños ambientales causados por empresas de grupos transnacionales, el establecimiento de ciertas limitaciones a la sumisión de las partes y de mecanismos de cooperación en materia civil y la armonización para evitar foros exorbitante y tantas diferencias

debidas a las normas de competencia residual en los EE.MM. analizadas al efecto-.

En relación a la naturaleza de los daños ambientales, a la consecuente legitimación para cada interés o derecho dañado y a la posibilidad de acciones colectivas, se advierte la necesidad de reconocer explícitamente la protección directa del interés supraindividual al disfrute de un medio ambiente sano, así como mejorar las vías de tutela –especialmente ante supuestos de daños transnacionales causados por sociedades- del daño ecológico y la extensión de la legitimación más allá del Estado, especialmente a las asociaciones-; igualmente, se considera esencial el desarrollo y la armonización de mecanismos de litigación colectiva, por razones económicas, de eficiencia en la administración de justicia y de equilibrio de poderes entre las partes, tanto para los daños privados individuales como para los supraindividuales.

Sin duda son necesarias, para atender con rigor, ética y justicia a la realidad que plantea la actividad transnacional de los grupos transnacionales de sociedades, frecuente y con un importante impacto medioambiental, modificaciones de calado en distintas áreas del Derecho y que el estudio de las mismas deberá ser combinado, transdisciplinar y lo más internacional posible. Aunque los intereses económico-empresariales parecen seguir pesando más que los compromisos en materia medioambiental y de acceso a la justicia efectiva, esperemos que una mayor conciencia ciudadana presione al legislador para que, con pequeños y grandes cambios, podamos dar una mejor respuesta a problemas que, aunque aparentemente extraterritoriales, nos afectan a todos directamente.

Descriptor clave: acceso a la justicia, grupos transnacionales de sociedades, daños ambientales, competencia judicial internacional, legitimación y acciones colectivas, carga de la prueba y principio de responsabilidad limitada e independencia entre sociedades de un grupo.

ABSTRACT: ACCESS TO CIVIL JUSTICE IN CASES OF ENVIRONMENTAL DAMAGES CAUSED BY TRANSNATIONAL GROUPS OF COMPANIES WITH EUROPEAN PARENT COMPANIES.

This research explores some of the obstacles that victims of environmental damages verified in third-party states outside the EU encounter when accessing civil justice in cases presumed to have been caused by companies of transnational groups with EU-domiciled parent companies. Interest in these cases derives from several situations that are closely linked to globalisation.

Firstly, commercial partnerships organised into complex groups which limit risk and responsibility and maximise profits. These corporations export their often dangerous activities to countries with less demanding regulations and a lesser likelihood of repression and conviction in cases of damage and/or abuse, be it due to judicial systems with little independence, weak institutions, corruption, absence of economic or technical resources, the undercapitalisation of subsidiaries that are legally independent from the parent company, or the limited procedural guarantees or provisions of substantive responsibility law, among other factors. Many cases of major environmental damage occur in these scenarios, generally in poorer countries, where it becomes practically impossible to establish the liability of companies which are major investors there. Therefore, successfully making reparation for personal and collective damage often depends on the success of a possible extraterritorial lawsuit in another country connected with the damage and where the expectations for effective judicial protection are higher. This result is undoubtedly of international importance as in the end we are all victims of environmental catastrophes, given the undeniable global nature of the environment.

Secondly, given the insufficient, tardy or non-existent results of major environmental damage cases to date it can be stated, over and above countless unresolved academic discussions, that current regulation is unsatisfactory. Without a doubt it is necessary to rethink national and territorial legal frameworks, conceived for situations far removed from those existing today. To do so the most reasonable course of action is, in our opinion, to analyse the inconsistencies, difficulties and voids in accessing justice in order to subsequently identify opportunities and make proposals.

The strictly international configuration of the case examined places it under the jurisdiction of private international law, specifically international procedural law, although in attempts to examine the matter from a problem-based, and therefore unavoidably multidisciplinary and horizontal perspective, matters relating to substantive, public and private law, which are closely linked in this case, are also examined.

The aim is therefore to achieve understanding of the main legal obstacles hindering access to civil justice in order to subsequently propose solutions which will provide specificity to the basic human right to effective judicial protection, while contributing to advancing the direct and indirect protection of the environment. This study is limited to Europe and a civil process for several reasons, including the limitations of public international law in pursuing action for damages from multinational companies; the evidentiary difficulties in the penal process and their non-generalised criminal responsibility in legal systems; poor development and difficulties in implementing and justifying the administrative process in cases of transnational damages caused by companies; a more comprehensive study on the issue in other locations such as USA or Canada vs. European Union; the pressing need to fulfil the commitments undertaken for the protection of the environment and human rights and companies (derived from the United Nations Guiding Principles on companies and human rights); the existing civil procedures which, though not ideal for these cases, do offer a certain degree of satisfaction to damage victims who would otherwise often receive no recognition.

Given the present relevance of the issue of environmental damage and the responsibility of transnational corporations, our starting points for the analysis of several of the most problematic issues were major academic and third sector reports and studies, and the more representative and/or recent legal cases, as identified in the research:

1) The forums available to the victims. Forums of international legal competence in civil matters in the EU require the existence of a connection with the country in question, and in almost all cases for the defendant to be domiciled in the EU member state where the lawsuit is filed. This poses an initial difficulty for the cases studied here as the subsidiary directly responsible for the damage is domiciled in the third party state in which the damage was verified. We therefore propose the possibility of filing a lawsuit in the country in which the parent company is domiciled -using this connection- even when the damage is extraterritorial, making it necessary to consider association criteria with connections that are more economic than territorial and provide a better response to present globalised business activity. It is also necessary to analyse the justification of the principle of limited responsibility and corporate independence which is predominant in company law and constitutes a major obstacle when allocating responsibilities within a business group, accrediting the parent company's material passive legitimation and associating extraterritorial damage with companies from other states where courts would provide more effective reparation.

2) The determination of active legitimation and the lack of collective litigation mechanisms which often deter many of the victims from filing lawsuits for atomised and scattered damages which together cause major environmental, personal and collective damage. In this regard we examine the complex nature of what is generally referred to as 'environmental damage', in order to differentiate the various legal conditions that constitute it and consequently propose more suitable legitimation and collective actions which will allow litigants to overcome

procedural obstacles, reduce costs and provide an overall improved balance of power between the parties in the process.

To this end we studied the stipulations of the competent authority in the Spanish private international law system or the possibility of victims being able to make a claim in our jurisdiction, also specifying applicable damages and procedures. Moreover, in order to offer a more inclusive overview and shed some light on the possible evolution of supranational regulations we examined the legislation regarding major issues in other third party countries (Brazil, US, Mexico) and especially other EU member states.

The results of this study show there are major obstacles in accessing courts which can be reasonably expected to offer effective judicial protection, with all its consequences. The localisation of risk and profit obtained through risky activity, and the undoubted connection between both realities (risk-profit *ergo* responsibility) does not appear reflected in the regulations for the application of responsibility or in the forums available to victims, prompting us to consider changes in the regulations for international legal competence and procedural law in order to provide a better response to new globalisation dynamics.

In this respect, a series of *lege ferenda* proposals are made in several aspects of the legislation. 1) As regards corporate responsibility, the forecast of assumptions for modifying the burden of proof, with companies complying with minimum standards in their extraterritorial activities, constituting a duty of care, of an obligatory guarantee of the payment of the debts of the corporation's companies in specific circumstances, the harmonised conceptualisation of the group of companies, etc. 2) As regards the regulations for international judicial competence, the extension of the application of the related actions in art. 8.1. of EU Regulation 1215/2012 to non-domiciled defendants when there is a reasonable connection with the European market and a group structure, the generalisation and inclusion in the Regulation of the forum *necessitatis*, the application of art. 7.2 to non-domiciled defendants in certain assumptions or the inclusion of a specific forum for the protection of the victims of environmental damage caused by transnational groups, the establishment of certain limitations to the submission of the parties and to cooperation mechanisms in civil matters and harmonisation to prevent exorbitant forums and many differences due to residual competence regulations in the member states analysed to this effect.

As regards the nature of the environmental damage and the consequent legitimization for each damaged interest or right and the possibility of collective actions, the need is observed to explicitly recognise the direct protection of supraindividual interest in the use of a healthy environment and the improvement of paths of protection –especially in supposed cases of transnational damages caused by companies- for the environmental damage and extending legitimization beyond the State, particularly to associations. The development and harmonisation of collective litigation mechanisms are also considered essential for economic reasons and reasons of efficiency in the administration of justice and balance of power between parties, both

in cases of individual private damages and supraindividual damage.

Without a doubt, in order to pay rigorous, ethical and fair attention to the reality of the transnational activity of transnational corporations, which often have major environmental impact, there exists a need for major modifications in different areas of the legislation and the study of these modifications should be joint, transdisciplinary, and as international as possible. It appears that economic and business interests continue to have more influence than matters relating to the environment and access to effective justice. However, a greater awareness among citizens would be beneficial in order to pressure legislators so that minor and major changes can bring about a response to apparently extraterritorial problems which affect us all directly.

Key terms: access to justice, transnational corporations, environmental damage, international judicial competence, legitimations and collective actions, burden of proof and principle of limited responsibility and independence between companies of a corporation.

INTRODUCCIÓN:

EL ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL EN SUPUESTOS DE DAÑOS AMBIENTALES CAUSADOS POR GRUPOS SOCIETARIOS TRANSNACIONALES CON MATRICES EUROPEAS.

I. Objeto de la investigación. II. Justificación de la elección del objeto de investigación. 2.1. En relación a los daños ambientales. 2.2. En relación a los grupos societarios transnacionales. III. Estructura de la investigación. IV. Exclusiones. 4.1. En relación a la exclusión del estudio de la determinación del Derecho aplicable. 4.2. En relación a la exclusión del estudio del reconocimiento y ejecución de resoluciones. 4.3. Otras exclusiones.

I. Objeto de la investigación.

Las catástrofes medioambientales registradas en el último siglo y los efectos nocivos que la actividad industrial y nuestra forma de vida tienen sobre el medio ambiente y, con él, sobre nuestra calidad de vida, presente y futura, han puesto de manifiesto la especial naturaleza de los daños medioambientales², su magnitud y los retos jurídicos que su complejidad plantea, directamente relacionados con los que la globalización o mundialización plantea al Derecho en general y al Derecho internacional privado en particular³.

² Utilizamos este término por abreviar si bien, como analizaremos en detalle, bajo la denominación “daños ambientales”, genérica y ambigua desde el punto de vista jurídico, incluimos daños a derechos individuales tradicionales, tutelables en el Derecho civil, daños al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable –cuyo reconocimiento positivo dista de ser una realidad homogénea por la confusión doctrinal que rodea a estos conceptos jurídicos- y, por último, el daño al bien jurídico medio ambiente o ecológico puro. En cuanto a la gravedad o intensidad del daño, estamos pensando en daños de cierta gravedad al medio ambiente por varios motivos: a) entendemos que en la práctica tendrá lugar una selección natural de los litigios de manera que sólo los más graves serán objeto de litigio, por el riesgo que comporta un proceso judicial. Ahora bien, la gravedad puede también venir de daños atomizados de menor entidad pero que, de manera conjunta, representan un gran daño, ya sea por diferimiento temporal o multiplicidad de afectados; b) pensamos que el Derecho administrativo a través del cuerpo de normas de Derecho ambiental, debe encargarse de establecer mecanismos que, pasando por la importante labor de prevención, compensen de manera indirecta por daños difusos o de menor relevancia que, por su naturaleza, difícilmente darían lugar a litigios privados pero que, sin embargo, sí perjudican el medio ambiente y, de forma acumulativa, a sus ciudadanos.

³ Y es que, como han señalado muchos autores, la expansión y el crecimiento de la economía globalizada ha descansado y descansa en la sobreexplotación de los recursos naturales, especialmente los de los países empobrecidos. De ahí el innegable vínculo entre la globalización y la actividad empresarial, los daños al medio ambiente y, en consecuencia, el Derecho. Más adelante volveremos sobre ello. Vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales del Derecho*, nº 22, 2004, pp. 17-58, p. 31 en especial y bibliografía allí citada (A. KISS, C. THOMAS, N. SINH, O. PAYE, E. PATTERSON, etc., vid. nota 43). En general, sobre los efectos de la globalización en el Derecho internacional privado, vid., entre otros, H. MUIR WATT, “The relevance of Private International Law to the Global Governance”, en: H. MUIR WATT & D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2015, pp. 1-17; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº9, 2000, pp. 7-32; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 37-87; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización...”, op.cit., pp. 17-58 y bibliografía allí citada; IBÍDEM, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002, *passim*; A.L. CALVO CARAVACA Y P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003; A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, en: J. M. DE FARAMIÑÁN GILBERT (coord.) *Globalización y comercio internacional*, Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesionales de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales,

Basta una aproximación a los casos más relevantes de daños ambientales en los últimos tiempos⁴ para comprobar que la disfuncionalidad del sistema jurídico de protección del medio ambiente en el plano internacional y de sus perjudicados es evidente e irrefutable, ya que la justicia, en muchas ocasiones y sobre todo en Europa (vs. EE.UU –piénsese en *Deepwater Horizon* o *Amoco Cadiz*-⁵), no llega, llega tarde o es insuficiente (*Aznalcóllar*⁶ o *Prestige*⁷ en España; *Bhopal*⁸, *Shell Nigeria*⁹ o *Chevron*¹⁰ en el extranjero).

AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado” en: J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (coord.), Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales, Iustel, 2010, pp. 293-306.

⁴ Entre otros: *Torrey Canyon*, *Aegean Sea*, *Seveso*, *Sandoz*, *Bhopal*, *Chernobil*, *Prestige*, *Exxon Valdez*, *Amoco Cadiz*, *Chevron*, *Boliden Aznalcóllar*, *Bodo*, *Tranfigura*, *Shell Nigeria*, *Deepwater Horizon*, *Erika*, etc. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) documenta cuatrimestralmente casos en este ámbito. El último boletín, “OECD Watch Quarterly Case Update December 2014”, disponible en: http://oecdwatch.org/publications-en/Publication_4120/ [Consulta: 10/5/2015]. También: B. WINIGER ET AL, *Essential Cases on Damage*, De Gruyter, La Haya, 2011, pp. 961 y ss. Sobre los accidentes en España, vid., “De Palomares a Aznalcóllar: historia de las catástrofes ambientales”, *Diario Público*, 13/11/2013, disponible en: <http://www.publico.es/481974/de-palomares-a-aznalcollar-historia-de-las-catastrofes-ambientales> [Consulta: 25/03/2014]. Abordaremos muchos de ellos a lo largo del trabajo. La elección de los casos, que no pretende ser exhaustiva, pretende proporcionar una idea general de los problemas que se presentan en el acceso a la justicia y evidenciar la falta de soluciones eficaces a la problemática que planteamos.

⁵ En EE.UU. las indemnizaciones y los desembolsos en tareas de limpieza y compensación han sido, por lo general, más rápidas y cuantiosas. Vid., “BP pagará 16.800 millones de euros por el derrame en el Golfo de México en 2010”, *Diario Expansión*, 2 julio 2015, disponible en: <http://www.expansion.com/empresas/energia/2015/07/02/55954637ca47410a548b4583.html> [Consulta: 2/7/2015]; L. BASSETS, “La compañía propietaria del 'Amoco-Cádiz', condenada a pagar 10.000 millones de indemnización”, *Diario El País*, 12 enero 1988, disponible en: http://elpais.com/diario/1988/01/12/internacional/568940408_850215.html [Consulta: 25/3/2014].

⁶ *Aznalcóllar* sigue sin resolverse diecisiete años después de la catástrofe después de un largo peregrinaje judicial. Vid., sobre el caso, entre otros: G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Catástrofes ambientales y Derecho internacional privado: el caso *Boliden* continúa”, en J.M. SOBRINO HEREDIA (coord.): Mares y océanos en un mundo en cambio. Tendencias jurídicas, actores y factores. XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 septiembre de 2005, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 605-607; M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento del velo en el Derecho internacional privado: Una problemática común en los casos de daños por contaminación causados por sociedades multinacionales”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXV, 2008, pp. 265-296, especialmente, pp. 277-278; J. MARTÍN-ARROYO, “La justicia reinicia el caso Bolidén 15 años después de la catástrofe ecológica”, *Diario El País*, 27 de abril de 2013. Disponible en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/04/26/andalucia/1367005336_258073.html [Consulta: 12/11/2013]; C. GÓMEZ LIGÜERRE, “Quien contamina paga...si alguna jurisdicción es competente para condenarlo”, *InDret* 2/2012, pp. 2-29, disponible en: http://www.indret.com/pdf/893_es.pdf [Consulta: 10/11/2013].

⁷ El *Prestige* se resolvió en vía penal sin que se fijase responsabilidad civil alguna, teniendo que hacer frente la Administración –o sea, los ciudadanos- a los 368 millones de euros –Estado español-, 145 millones - Xunta de Galicia- y 67 millones -Estado francés- además de "graves consecuencias económicas" sufridas por empresas y particulares, tal y como determina la misma sentencia; vid., SAP de A Coruña (Sección nº1), 13 noviembre 2013, [ARP 2013\1132]; vid., entre otros: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Caso Prestige. Las demandas ante los distintos tribunales de justicia: realidad, intereses y alternativas" en M.P. GARCÍA RUBIO & S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (COORD.), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 277-279; M.A.MICHINEL ÁLVAREZ, "The Prestige in Courts", *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 21, 2007, pp.171-177; J. M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, "El Prestige aún. ¿Por qué no estamos preparados?", *Diario La Ley*, 462/2014, 5 febrero 2014, pp. 1-14, disponible en: http://www.dikeos.com/index_htm_files/EL%20PRESTIGE%20AUN_POR%20QUE%20NO%20ESTAMOS%20PREPARADOS_DIARIO%20LA%20LEY%205FEB14.pdf [Consulta 21/5/2014]. Lo cierto es que, observando las catástrofes ambientales que en el último siglo han afectado al mundo, y en concreto a España, uno puede concluir que ni la rapidez ni la eficacia en la reparación han estado presentes en ellos, revelando la *crisis de las técnicas de reparación que utiliza el Derecho privado*.

⁸ Hace ya más de treinta años de la catástrofe en la ciudad India de Bhopal por una fuga de gas de la planta de Union Carbide, propiedad de una empresa estadounidense, Dow Chemical. Como bien refleja el último Informe Anual del Business & Human Rights Resource Centre (2015), muchas víctimas y familias siguen sin recibir compensación alguna y el lugar continúa contaminado, siendo el caso "a glaring example of corporate immunity". Vid., BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Annual Briefing*, January 2015, p. 9, disponible en: <http://business-humanrights.org/en/business-rights-resource-centre-launches-its-third-annual-briefing-on-corporate-legal-accountability#c109245> [Consulta: 6/5/2015]. Sobre las reacciones al caso *Bhopal*, en el que un juzgado indio declaró culpables de "negligencia criminal" con condena de dos años de prisión a siete directivos de Union Carbide India y determina una multa a la empresa de 8.900 euros por una tragedia que ha causado 25.000 muertes, tras más de veinte años de proceso, vid., "Las víctimas de la tragedia de *Bhopal* consideran la sentencia ridícula", *Diario El País*, 7 junio 2010, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2010/06/07/actualidad/1275861608_850215.html [Consulta: 24/12/2014].

⁹ Aún está pendiente de sentencia de segunda instancia en los Países Bajos. No obstante, los daños ecológicos verificados en uno de los mayores humedales del mundo, en el Delta del Níger, desde el año 2008, así como los daños causados a los pobladores de las comunidades del lugar, quedaron en su mayor parte sin reparación en primera instancia, en la que sólo se condenó a pagar a la filial de Shell en uno de los tres procedimientos planteados. Toda la información legal sobre el mismo está disponible en: <https://milieudedefensie.nl/english/shell/courtcase/documents> [Consulta: 10/04/2015]. Vid., L.J. MCCONNELL, "Establishing liability for multinational corporations: lessons from Akpan", *International Journal of Law and Management*, vol. 56, nº2, 2014, pp. 88-104; L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº2, 2013, pp. 548-583; D. IGLESIAS MÁRQUEZ, "Cross-border Civil Litigation for Environmental Damages Committed Abroad by Multinational Corporations: The Dutch Shell Nigeria Case", *Cuadernos ASADIP-Jóvenes investigadores*, nº1, primer semestre 2015, pp. 93-113. Volveremos en profundidad sobre este caso más adelante.

¹⁰ La justicia efectiva no acaba de llegar para las víctimas porque la sentencia dictada por el tribunal ecuatoriano no es ejecutable en los lugares en los que la empresa tiene bienes ejecutables. Vid., entre las últimas noticias del caso, S. CONSTANTE, "La sentencia a favor de Chevron es una burla para Ecuador", *Diario El País*, 4 marzo 2014, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/04/actualidad/1393964037_115458.html [Consulta: 24/12/2014]; O. CAZORLA Y M. GARTOR, "Los daños por los que la petrolera estadounidense Chevron aún no ha indemnizado a sus víctimas en Ecuador", *El Diario*, 6 junio

En la inmensa mayoría de ellos se ven involucradas como responsables empresas pertenecientes a grupos societarios transnacionales¹¹ cuyas matrices están domiciliadas, por lo general, en países desarrollados, pero externalizan el riesgo de sus actividades a otros países¹², sirviéndose del principio de separación e independencia entre personas jurídicas y del de responsabilidad limitada.

Ahora bien, no será infrecuente que los perjudicados busquen litigar en los países de domicilio de la empresa matriz -que, generalmente, se ubicará en

2015, http://www.eldiario.es/desalambre/petrolera-estadounidense-Chevron-impregna-Ecuador_0_395461212.html [Consulta: 10/6/2015].

¹¹ El empleo de otros adjetivos como *internacional* o *multinacional*, términos que provienen de las teorías de internacionalización de empresas, sería igualmente posible ya que, a pesar de su valor diferenciador en el ámbito empresarial, no tiene repercusiones jurídicas respecto de la responsabilidad de la matriz por actos de la filial puesto que, en última instancia, lo decisivo será la presencia de personas jurídicas diferenciadas regidas por ordenamientos jurídicos de distintos países que, sin embargo, están subordinadas a una dirección económica unitaria y común: vid., J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades. Estructura e Organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2002, p. 52. Esto es, siempre que exista independencia tendremos los problemas típicamente asociados a los grupos societarios en materia de responsabilidad, que detallaremos *infra*: indicios de dependencia –que sí variarán según el tipo de organización empresarial y para cuya delimitación el conocimiento de las distintas estructuras organizativas y patrimoniales es esencial-, determinación de la competencia judicial internacional en atención a la pluralidad de demandados y a la conexión con el foro si se trata de daños transnacionales, la ley aplicable a cuestiones como el levantamiento del velo, etc. En ocasiones, por simplificar, utilizaremos, como sinónimos de grupos de sociedades, los términos “empresas” o “corporaciones” multinacionales o transnacionales, aunque el término correcto sea el de “grupo transnacional de sociedades”. Vid., *infra*, pp. 96 y ss.

¹² Los grupos transnacionales de sociedades han sido relacionados de manera creciente con los daños medioambientales en países en vías de desarrollo. De hecho, incluso un informe del Banco Mundial llegó a afirmar que el daño ambiental es económicamente más eficiente en los países más pobres, recomendando por tanto “more migration of the dirty industries” a esos países en base a tres argumentos: 1) es más barato puesto que los salarios son más bajos y las eventuales indemnizaciones también; 2) los lugares históricamente menos contaminados se verán menos afectados que los ya contaminados y por tanto existirá menos propensión a litigar –disminuida también por los obstáculos económicos y técnicos que tendrían que afrontar los perjudicados, desmesurados para su situación- y 3) los ricos valoran más la protección medioambiental que los pobres, presentando ésta una alta elasticidad en función de la renta. Desde luego se trata de argumentos rebatibles tanto técnica como éticamente; vid., L. SUMMERS, *The Memo*, 12 diciembre 1991, disponible en: <http://www.whirledbank.org/ourwords/summers.html> [Consulta: 14/4/2015]. El informe se filtró a la prensa en diciembre de 1991; sobre el mismo: M. ANDERSON, , “Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?”, *Washburn Law Journal*, 41, 399, 2001, pp. 399-425, p. 402 y bibliografía allí citada (nota 10) y pp. 418 y ss. No obstante, sería un error considerar que necesariamente son los países del “Norte” –geográfico- los que acogen a las matrices y los del “Sur” los que asumen los riesgos, aunque tradicionalmente fuera así.

países desarrollados- al encontrarse, en los países de manifestación del daño, con un conjunto de circunstancias que les desalientan en la búsqueda de justicia. Entre otras, los sistemas judiciales muchas veces corruptos o ineficaces, el hecho de que las empresas estén directamente vinculadas a los gobiernos sin que exista verdadera independencia de poderes o intención de penalizar a la empresa inversora por parte del gobierno; la posible y no poco frecuente circunstancia de insolvencia o falta de seguro de la filial directamente implicada en caso de que sí se consiga una sentencia condenatoria o la existencia de Derechos procesales o normas de protección medioambiental poco ventajosas para los demandantes –por la carga de la prueba, la inexistencia de acciones colectivas, etc.¹³ -. Esta tendencia es, además, creciente, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en supuestos de tráfico externo¹⁴.

¹³ L. ENNEKING se hace eco de estos problemas que para las víctimas puede suponer el obtener una justicia efectiva en el país de domicilio de la filial o “host country” y, con ello, de la conveniencia de poder acceder a la justicia en el “home country” o país de domicilio de la matriz. Vid., L. ENNEKING, “Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European Foreign Direct Liability Cases”, *The George Washington International Law Review*, vol. 40, 2009, pp. 903- 938, vid., p. 906. También afirma que la ley del “home country” suele ser más beneficiosa para las víctimas que la del “host country”, vid., IBIDEM, p. 930. Amnistía Internacional ha denunciado estos problemas en el acceso a la justicia y ha señalado como único recurso real el de externalizar las demandas a los países en los que se domicilia la matriz, por lo que es esencial que la víctima pueda vincular directamente a la matriz con los hechos, tanto a efectos de determinación de la autoridad competente como a efectos de determinación de la responsabilidad. Vid., AMNESTY INTERNATIONAL, “France - Pour une législation sur l'obligation de vigilance des entreprises transnationales”, SF 14 PA 35, Janvier 2015, pp. 18 y 19. Disponible en: http://www.amnesty.fr/sites/default/files/pour_une_obligation_de_vigilance_amnesty_international.pdf [Consulta: 15/3/2015]. También, sobre los obstáculos de acceso a la justicia, entre otros recientes: G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar- Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR – CORE - ECCJ, December 2013, 145 pp.; L.J. MCCONNELL, “Establishing...”, op.cit., pp. 88-104; L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Daños privados...”, op.cit., pp. 548-583; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 227-240.

¹⁴ Así lo refleja el último Informe Anual del BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER, de enero de 2015, en el que se apunta: “ In many countries, (...) the judiciary is not independent, and some lack any fully functioning courts at all. Even in countries with functioning judiciaries, unavailability of remedies against companies, lack of legal aid or other factors may lead victims to seek remedies where the companies are headquartered rather than in the victims’ own countries. Of the 108 legal cases we have profiled on our site, the majority related to extraterritorial claims”. BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER, Annual..., op.cit., p. 3. Vid., también, M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)*, Thomson Aranzadi, 2009, p.108. Lo mismo ocurre en el ámbito de los daños ambientales, a menudo vinculados a violaciones de derechos humanos pero no alegados como tales, vid., P. NEWELL, *Managing Multinationals: The Governance of Investment for the Environment*, *Journal of International Development*, vol. 13, issue 7, 2001, pp. 907- 918, pp. 907 y 908; G. PALAO MORENO, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 27. Y es que, si bien la vía civil

Un estudio somero de los casos en los que esto ocurre pone de relevancia que existen numerosos obstáculos que impiden el acceso, por parte de las víctimas, a la justicia y la obtención de una tutela efectiva – sustantiva, pronta, ejecutable y asequible¹⁵, viéndose así vulnerado un derecho humano y fundamental de primer orden¹⁶. Algunos de los obstáculos más significativos se enmarcan dentro del Derecho internacional privado y en especial del Derecho procesal internacional, en parte por las limitaciones del Derecho internacional que ha dejado el grueso de las posibilidades de reparación y regulación a los sistemas nacionales de Derecho civil y penal¹⁷.

puede no ser la más idónea para la reparación de tales daños, es al menos un remedio disponible y, sobre todo en relación a los derechos humanos, una opción abierta que impida la total denegación de justicia.

¹⁵ Así lo refleja M. ANDERSON: "...legal action in the local courts is often ineffective suffering from the defects of an inadequate liability regime, procedural obstacles or a judiciary unwilling to rule against a powerful multinational. In these circumstances, a tort action in the home country may be the only effective avenue for pursuing the private actions so favored by policy-makers". "Transnational...", op.cit., p. 409.

¹⁶ Está recogido como tal en los principales textos internacionales y nacionales. Entre los más destacados: arts. 8-10 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948; arts. 2 y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; y, especialmente, en España, el art. 24 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE).

¹⁷ Idea que comparte M.ANDERSON, citando a D.M. ONG: "(...) there has been a real failure to address corporate environmental behavior in either international law or comparative company law, leaving the bulk of the regulatory burden to be borne by national systems of civil and criminal liability". M. ANDERSON, "Transnational...", op.cit., p. 404 (nota 22) y pp. 410 y ss (IV."Problems of Access"). No hay que olvidar que una eventual regulación de Derecho internacional público en la materia sería esencial para resolver estos problemas –tanto por el objeto de protección de ámbito universal como por el alcance transnacional de la actividad causante de los daños-, pero tampoco que el actual sistema político y jurídico de la comunidad internacional hace poco o nada viable que realmente se consiga imponer obligaciones jurídicas a los grupos societarios transnacionales, por lo que toda aproximación ha sido no vinculante, de "soft law", vid. *infra*. Vid., M. REQUEJO ISIDRO, "La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos. Deficiencias del marco legal", *Scientia Juris*, 1/2011, pp. 10-44, especialmente, p. 13; P. MUCHLINSKI, "Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and The United Kingdom Asbestos Cases", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, January 2001, pp. 1-25, pp.24 y 25; A. SHINSATO, "Increasing the Accountability of Transnational Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria", *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 4, nº1, article 14, 2005, pp. 186-209, pp. 198 y ss. También, en relación a los daños ambientales, sobre la insuficiencia actual del Derecho internacional público, vid., G. PALAO MORENO, op.cit., pp. 19 y ss. Prescindimos pues del análisis propio del Derecho internacional público que haría necesario abordar otras cuestiones, entre las que destaca la consideración de las multinacionales como sujetos de Derecho internacional.

En referencia al papel clave que las normas de Derecho internacional privado pueden tener para lograr un acceso efectivo a la justicia ante violaciones de derechos humanos¹⁸ -el cual pretenden mejorar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos¹⁹, basados en el Informe de J. RUGGIE-, la autora V.VAN DEN ECKOUT señala lo siguiente: “PIL rules act like hinges that allow doors –granting access to a specific court and to a specific legal norm –to be opened or to be kept closed; thus, (...) PIL rules are of paramount importance in determining access to specific court and access to a specific legal norm”²⁰.

Ciertamente, lo mismo podemos decir sobre el supuesto que nos ocupa, como será fácil comprobar a lo largo de estas páginas²¹. Compartimos la opinión de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS cuando, disertando sobre la función del Derecho internacional privado en la actualidad, afirma: “El Derecho

¹⁸ Con independencia de que el derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable sea considerado en sí un derecho humano –cuestión sobre la cual haremos algún apunte más adelante- sí es indiscutible que el mismo es presupuesto para el disfrute de muchos derechos humanos y que, ante una catástrofe ambiental, generalmente también se vulneran derechos humanos sobre cuya naturaleza no existe discusión. Vid., ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informes del Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, doc. A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008, n°51; doc. A/HRC/11/13, de 22 de abril de 2009, n° 52; A/HRC/14/27, de 9 de abril de 2010, n°51], disponibles en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TransnationalCorporations/Pages/Reports.aspx> [Consulta: 10/4/2015]. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, doc. A/HRC/20/29, de 10 de abril del 2012. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-20-29_sp.pdf [Consulta: 10/10/2014].

¹⁹ Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, HR/PUB/11/04, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 4/2/2015]. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores del Profesor J. RUGGIE en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. En especial destacamos la obligación impuesta a los Estados de proporcionar un remedio efectivo a las víctimas (Principio n°25).

²⁰ “The Private International Law Dimension of the Principles. An introduction”, 4/02/2015, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2560268> [Consulta: 10/2/2015].

²¹ De la misma opinión, respecto de los daños ambientales, vid., C. STAATH & B. WRAY, “Corporations and Social Environmental Justice: The Role of Private International Law”, *European University Institute Working Papers, Law 2012/02, Towards Social Environmental Justice?*, pp. 77-95. Las ventajas de los mecanismos privados de reparación para estos supuestos de daños ambientales transnacionales van desde una mayor eficiencia y eficacia hasta el importante efecto preventivo, pasando por la no subordinación de los intereses de los ciudadanos a los estatales o el efecto indirecto de presión al Estado para que inicie acciones posteriores, entre otros. G. PALAO MORENO, op.cit., p. 19 y pp. 26 y ss.

internacional privado sólo puede tener una función material, al igual que la de cualquier otra rama del Derecho, consistente en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas que se diferencian por presentar un elemento de internacionalidad”²².

Así, el objetivo de esta tesis, que parte de la constatación de la insuficiente respuesta jurídica ante daños ambientales causados por empresas que forman parte de grupos transnacionales de sociedades, es realizar un análisis crítico de los *principales obstáculos que se presentan a los perjudicados para acceder a la justicia civil*, en el marco de la responsabilidad extracontractual internacional, sin que esta elección responda a un juicio de mayor bondad frente al acceso a la justicia en otras jurisdicciones por los mismos hechos (la penal, en especial)²³. Igualmente se pretende valorar la normativa existente vinculada a este supuesto de hecho, también desde la óptica del Derecho comparado y formular, finalmente, propuestas que mejoren la situación actual en lo que acceso a la justicia se refiere.

²² “Orientaciones...”, op.cit., p. 8. (Siendo Derecho internacional privado, “Derecho internacional privado”).

²³ Este análisis sobre el papel de la responsabilidad civil ante hechos dañosos de los grupos de sociedades transnacionales ha sido generalmente estudiado en el ámbito de los derechos humanos, íntimamente relacionado con el que nos ocupa. En este sentido, vid., M. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad...”, op.cit., p. 24 y bibliografía allí citada (nota 59); IBIDEM, *Violaciones graves...*, op.cit.; M. BADGE, “Transboundary Accountability for Transnational Corporations: Using Private Civil Claims”, *Working Paper, Chatham House*, March 2006; S.D. BACHMANN, *Civil responsibility for gross human rights violations, The need for a global instrument*, Pretoria University Law Press, Ciudad del Cabo, 2007, pp. 15 y ss.; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Giuffrè, Milán, 2012; F.J. ZAMORA CABOT, “La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos: práctica reciente”, *Papeles El tiempo de los derechos*, 2012-1, pp. 1-25, disponible en: http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/50-la-responsabilidad-de-las-empresas-multinacionales-por-violaciones-de-los-derechos-humanos-practica.html [Consulta: 25/3/2015]; IBIDEM, “Decision of the Supreme Court of the United States in the Daimler Ag v. Bauman et al. Case: Closing the golden door”, *Papeles El tiempo de los derechos*, 2014-2, pp. 1-23, disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-2-2014-englishversion.pdf> [Consulta: 19/1/2015]; F.J. ZAMORA CABOT, J. GARCÍA CÍVICO Y L. SALES PALLARÉS (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Cuadernos de la Cátedra de democracia y derechos humanos nº9, Universidad de Alcalá de Henares, 2014, pp. 21-109 y pp. 167 y ss.

Por lo inabarcable del supuesto si tenemos en cuenta cualquier ámbito territorial, pondremos el foco en aquellos casos en los que los demandantes deciden, por la mejor expectativa de reparación, acudir a los tribunales del país de la UE en el que se domicilia la matriz del grupo en lugar de litigar en el país en el que se verifica el daño²⁴, aunque haremos referencias de Derecho comparado a otros Estados no pertenecientes a la UE²⁵. El análisis de las normas de determinación de la autoridad competente y sus criterios de atribución²⁶ para que pudieran juzgarse en tribunales europeos tanto las

²⁴ Es también éste el supuesto de partida del artículo cit. *supra* de V. VAN DEN EECKHOUT, para quien es una afirmación evidente que no necesita demostración el hecho de que las víctimas deberían poder responsabilizar de sus daños o pérdidas a aquellos involucrados en las violaciones de derechos humanos (incluyendo medio ambiente). Y no puede negarse, según la autora, que esta afirmación sigue siendo verdad en el supuesto extraterritorial que nos planteamos, siendo la matriz europea. Vid., V. VAN DEN EECKHOUT, "The Private International Law...", op.cit., p. 2. Por su parte, M. ANDERSON, afirma que es una idea extendida y bien fundamentada la de que los tribunales de países que exportan capital –esto es, generalmente, los del domicilio de la matriz- son normalmente más rápidos, técnicamente más solventes y más favorables en las cantidades compensatorias. Vid., M. ANDERSON, "Transnational...", op.cit., p. 410. En el mismo sentido, G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, defienden este foro como alternativo porque en muchas ocasiones, los *host States* no permiten un acceso real y efectivo a la justicia debido a que tienen sistemas judiciales inestables o imparciales, a que sufren de corrupción, a los mayores costes procesales o a las represalias que pueden sufrir las víctimas demandantes. Vid., G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, op.cit., pp. 24 y 25. En un sentido similar, A. CARDESA-SALZMANN, "Acceso a los tribunales de los estados miembros de la UE para reclamar por daño ambiental causado en países terceros", en: A. PIGRAU SOLÉ (DIR.), *El acceso a la justicia de las víctimas de daños ambientales. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 305-323, pp. 310-312. El autor señala como principales problemas para el acceso a la justicia en el lugar del daño: estándares bajos de protección ambiental, dudosa independencia del poder judicial y de abogados, insuficiente fortaleza institucional, escasez de recursos técnicos, humanos e institucionales del aparato judicial, existencia de tratados bilaterales de inversión que protegen a las empresas causantes de los daños, etc.

²⁵ Esta elección también responde a la tendencia que parece percibirse en atención a los países más favorables a admitir este tipo de demandas extraterritoriales. Mientras que en los EE.UU., tradicionalmente hospitalario con este tipo de demandadas, el panorama tras el asunto de *Kiobel*, especialmente, ha cambiado considerablemente, estrechándose la puerta de acceso a sus tribunales en estos supuestos, se descubren nuevas vías favorables en países europeos, como Francia, los Países Bajos, Suiza o Alemania, lo cual hace del estudio del Derecho internacional privado común de los Estados miembros de la UE una cuestión de especial relevancia. Vid., sobre esta tendencia, BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER, *Annual...*, op.cit., pp. 2, 7 y 8; A. CARDESA-SALZMANN, "Acceso a...", op.cit., p. 314; S. THORGEIRSSON, "Closing the courtroom door: Where can victims of human rights abuse by business find justice?", disponible en: <http://business-humanrights.org/en/closing-the-courtroom-door-where-can-victims-of-human-rights-abuse-by-business-find-justice> [Consulta: 12/6/2015].

²⁶ Excluimos lógicamente del estudio la determinación de la responsabilidad del grupo en otras áreas del Derecho como la fiscal, laboral, penal... aunque se harán algunas referencias.

sociedades dependientes como las dominantes en caso de daños transnacionales se revela como cuestión fundamental²⁷.

El estudio de la determinación del ordenamiento aplicable al fondo y del reconocimiento y ejecución de sentencias, como cuestiones clásicas del Derecho internacional privado, no serán abordados por las razones expuestas *infra*, privilegiando así el análisis de algunos de los obstáculos en el acceso a la justicia en casos de daños ambientales causados por grupos societarios transnacionales que han sido estudiados en menor medida por la doctrina y señalados como principales en los últimos estudios al respecto²⁸:

1) El primero de ellos, ya comentado, en materia de jurisdicción. Cuando una de las empresas que conforma un grupo societario –normalmente la filial, ubicada en un país empobrecido- causa daños ambientales –ecológicos y privados-, ¿qué obstáculos se presentan en el acceso a la justicia para los afectados en el país de la matriz –europea-? ¿Qué conexión razonable podría justificar el acceso a tribunales europeos en casos de daños ambientales transnacionales causados por grupos societarios con matrices europeas,

²⁷ Como bien reflejan L. CARBALLO PIÑERO Y X. KRAMER, “one may safely say that never have private international law scholars and practitioners been so closely involved with those focusing on corporate law, human rights and environmental law”. En: L. CARBALLO PIÑERO & X. KRAMER, “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, vol 7, nº3, November 2014, Eleven international Publishing, pp. 109-113, p. 110. También, M. ANDERSON: “(...) MNCs defy our fundamental assumptions about the mapping of legal persons to territorial jurisdiction”. M. ANDERSON, “Transnational...”, *op.cit.*, p. 424.

²⁸ Así, el Informe realizado por G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, *op.cit.*, establece, tras un estudio detallado de los obstáculos para acceder a una justicia efectiva, unas recomendaciones fundamentales para superar aquéllos, entre los que destacan: 1) garantizar el acceso a tribunales europeos por daños extraterritoriales –con foro de domicilio y conexidad y también con un foro de necesidad (vid. capítulo II); 2) la necesidad de un deber de vigilancia por parte de la matriz (vid., *infra*, en este capítulo); 3) facilitar la prueba para los demandantes (vid., *infra*, en este capítulo) y 4) la importancia de reformar y mejorar el acceso a las acciones colectivas (vid. capítulo III). Vid., G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, *op.cit.*, pp. 13, 76 y ss. A éstas se añaden cuestiones como la extensión de la asistencia jurídica gratuita para hacer frente a los costes o la elección del Derecho del Estado del foro –UE- como aplicable cuando el otro no garantice una justicia efectiva (vid. *infra*). Igualmente, en el último Informe Anual del Business & Human Rights Resource Centre, se señalan como principales tanto la posibilidad de demandar en los países de domiciliación de las matrices por los daños extraterritoriales, suyos y de sus filiales, como la financiación para la litigación y el acceso a acciones colectivas. Vid., BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Annual...*, *op.cit.*, pp. 8 y 9.

verificándose el daño en un tercer Estado y teniendo en cuenta el principio de responsabilidad limitada en el marco de las complejas estructuras societarias? ¿Es posible demandar a matriz y a filial, aunque ésta última no esté domiciliada en la UE?²⁹ ¿Es conveniente que exista un *foro de necesidad*? ¿Cómo pueden las normas de Derecho internacional privado favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en relación a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas³⁰?

A esto dedicaremos el capítulo II, realizando un análisis preliminar en el capítulo I sobre los grupos de sociedades, su eventual responsabilidad y las dificultades procesales y sustantivas asociadas a su especial naturaleza con las que se encontrarán los demandantes, que consideramos esencial como punto de partida.

2) El segundo de ellos, desde el punto de vista de la pluralidad de demandantes y de la especial naturaleza de los intereses que se ven dañados en el supuesto de hecho de tráfico externo que nos planteamos: ¿Cuáles son esos intereses y quiénes son los legitimados para demandar en un supuesto de tráfico externo? ¿Qué ley aplicamos a la legitimación y qué consecuencias tiene? ¿Tiene sentido hablar de responsabilidad civil internacional y por tanto de Derecho internacional privado respecto de los daños ecológicos? ¿Cómo

²⁹ M. ANDERSON refleja bien esta problemática afirmando: "(...) we are left with a seeming anomaly in the international system: the "home" state where the parent company is based lacks the territorial jurisdiction to regulate the activities of subsidiaries located abroad, while the "host" states in which the subsidiaries are located lack the jurisdiction over the parent company where many of the crucial decisions are made. In this circumstances, the MNC enjoys a degree of autonomy from national jurisdiction that is unique in the global legal order." Para el autor, el medio ambiente es un ámbito en el que típicamente se presenta esta problemática. Vid., M. ANDERSON, "Transnational...", op.cit., p. 402.

³⁰ Como bien recoge el Borrador del Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos del Gobierno de España, el medio ambiente se considera presupuesto indispensable para el goce de todos los demás derechos y por tanto queda incluido en este marco regulador. En especial, en relación a las medidas judiciales estatales, se establece lo siguiente: "Se llevará a cabo una revisión de la normativa vigente para identificar e eliminar obstáculos, legales o prácticos a las reclamaciones de responsabilidad de las empresas por vulneración de derechos humanos o daños al medio ambiente en sus actividades y se evaluará la imparcialidad, integridad y capacidad de hacer respetar las debidas garantías procesales de los mecanismos existentes". Vid., Borrador del Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos, 26/6/2014, pendiente de tramitación en el Consejo de Ministros, pp. 8, 14, 24 y 25. Disponible en: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/pnedh-borrador-julio-2014.pdf> [Consulta: 2/3/2015].

calificamos la pretensión ante un supuesto de tráfico externo y qué consecuencias tiene esto en relación al acceso a la justicia? ¿Qué posibilidades existen de plantear acciones colectivas y respecto de qué daños – privados individuales, supraindividuales, ecológicos...-? ¿Cómo afecta la diversidad de regulaciones en la UE al acceso a la justicia de los perjudicados? ¿Son las normas procesales, de Derecho internacional privado y sustantivas coherentes con los principios de protección medioambiental asumidos como tales por el Derecho de la UE e interno? Etc.

Fundamentalmente estas cuestiones son las abordadas en el capítulo III, con un análisis preliminar que realizaremos en el capítulo I.

II. Justificación de la elección del objeto de investigación.

La elección de este tema de investigación se basa en tres criterios fundamentales: su relevancia y actualidad jurídica, dada la deficiente respuesta a tales problemas desde el Derecho en general y desde el Derecho internacional privado en particular, y, con ello, la necesidad de reformas que den respuestas adecuadas a una compleja realidad; el insuficiente tratamiento por la doctrina *ius-privatista*, en especial, por la española³¹, ya que los problemas de Derecho internacional privado que se plantean en el marco de los litigios en materia de responsabilidad extracontractual³² por los daños transnacionales al medio ambiente en relación a la especial cualidad del actor

³¹ Algunas referencias colaterales, no como objeto de estudio central, en: M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, *El Derecho Internacional Privado en los Tiempos Hipermodernos*, Madrid, Dykinson S.L., 2012, pp. 101-113; M. VINAIXA MIQUEL, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 374 y ss.; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 205-218; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Comares, 15ªed., Granada, 2015, pp. 661-662; P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia judicial internacional para daños civiles asociados a daños ambientales*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, pp. 346-356, disponible en: <http://eprints.ucm.es/24943/1/T35279.pdf> [12/6/2014].

³² Sobre la importancia que ésta tiene en el marco de la UE y los retos jurídicos que plantea, en ámbitos como la responsabilidad por productos defectuosos, violaciones de la libre competencia, de los derechos de propiedad intelectual, de la protección de datos de carácter personal o en casos de responsabilidad medioambiental, vid., R. SCHULZE (ED.), *Compensation of Private Losses, The evolution of torts in European Business Law*, Sellier, Munich, 2011, en especial, pp. 3-18.

contaminante (grupos de sociedades, complejas entidades en las que no siempre es fácil atribuir la responsabilidad y determinar la legitimación pasiva en el litigio) no han sido todavía abordados con profundidad por la doctrina internacional-privatista; y, por último, la utilidad social que desde nuestro punto de vista tendría una eventual regulación vinculante que facilitara el acceso a la justicia a foros europeos en materia de responsabilidad extracontractual de grupos transnacionales de sociedades³³.

Veamos, en detalle, la justificación del concreto supuesto de hecho elegido para desarrollar el presente trabajo:

2.1. En relación a los daños ambientales.

Los daños ambientales constituyen una categoría relevante desde el punto de vista de la investigación por varios motivos.

En primer lugar huelga decir que justificar la importancia del ambiente y de su salvaguarda como medio para asegurar la calidad de vida y el desarrollo humano parece a todas luces innecesario. La sensibilidad ambiental y la conciencia respecto de la interconexión y globalidad del medio ambiente y del alcance de los efectos perjudiciales de su deterioro han sido los principales impulsores de todas las iniciativas jurídicas y políticas que han buscado protegerlo de la actividad empresarial que persigue el desarrollo económico, de manera que ésta no sea incontrolada ni destruya los valiosos e insustituibles recursos ambientales que facilitan la vida humana y el disfrute de todos los demás derechos humanos.

Está por tanto, a nuestro juicio, cualquier intento jurídico de mejorar o de comprender la protección ambiental siempre justificado³⁴. También,

³³ Recordemos que es el acceso a una tutela judicial efectiva un derecho humano y un derecho fundamental reconocido nacional e internacionalmente.

³⁴ La protección del medio ambiente entendida como la protección de “una configuración dinámica del entorno físico que permite el desarrollo, en sentido pleno, de la vida humana y la realización progresiva de la aspiración a la calidad de vida”. Vid., J. VERNET Y J. JARIA, “El

lógicamente, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, especialmente importante por la ausencia de fronteras físicas y jurídicas del medio ambiente.

En este sentido, no son escasos los daños ambientales en la actualidad que presentan un elemento internacional. Sobre todo cuando son causados por grupos de sociedades transnacionales aunque no exclusivamente. En nuestro supuesto de estudio, a la luz de los casos que se han verificado y que se han llevado ante los tribunales, la puesta en funcionamiento de los mecanismos de Derecho internacional privado es frecuente, ya que, o bien los daños, por su magnitud y tipología, están plurilocalizados y afectan a una diversidad de Estados, o bien se trata de daños transnacionales en los que el elemento internacional es inmaterial o jurídico³⁵.

En este sentido, dentro del ámbito del Derecho internacional privado, nos parece que, para hacer una mejor valoración de los foros de competencia y de las cuestiones de Derecho procesal internacional directamente relacionadas con estos daños ambientales transnacionales que nos ocupan, entender la naturaleza de los mismos y de la pluralidad de intereses que en ellos concurren es esencial, tanto desde el punto de vista del Derecho interno como de Derecho comparado. La complejidad y la confusión reinante en el panorama doctrinal y jurisprudencial no permite determinar de manera más o menos

derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el Derecho internacional", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº20, UNED, 2007, pp. 513-533, p. 520.

³⁵ Éstos últimos comprenden aquéllos en los que concurre un elemento internacional de carácter jurídico o inmaterial, con independencia de que exista uno físico o no (por ejemplo, la toma de decisiones por parte de la sociedad matriz en un territorio extranjero, la procedencia extranjera del capital o de la tecnología que facilita las actividades causantes de los daños, etc.) aunque el acto y el resultado dañoso se localicen en el territorio de un mismo Estado. Difiere este concepto del daño "transfronterizo", donde generalmente el hecho dañoso se verifica en una pluralidad de Estados limítrofes, elemento territorial/físico que da el carácter internacional a la situación. Vid. M. VINAIXA MIQUEL, *op.cit.*, p. 374. En la mayoría de las catástrofes ambientales ha concurrido algún elemento internacional, ya sea fáctico o jurídico. De ahí que hablemos de daños medioambientales "transnacionales". Algunos autores hablan también de "internacionales" o "transfronterizos", aunque sus diferencias han sido matizadas por algunos autores. Vid., respecto a las denominaciones, las aportaciones de T. BALLARINO, "Questions de droit international privé et dommages catastrophiques", *Recueil des Cours*, 1990-I, pp. 289 y ss., p. 309.

armónica su naturaleza ni, por tanto, su calificación. La concurrencia de intereses y bienes que pueden verse dañados ante un atentado ambiental son variados y, más aún, según la teoría que apliquemos a su determinación.

Así, como veremos, para algunos autores los únicos daños accionables por particulares ante los tribunales serán los privados; esto es, los derechos –de primera o segunda generación- que son reconocidos como derechos subjetivos (propiedad o salud, que poco tienen que ver en sí “con el medio ambiente”); para estos autores, los daños ecológicos sólo podrán ser reclamados por la Administración como titular de los bienes comunes o de nadie –ésta no es, a su vez, una distinción baladí-. Por su parte, otros autores consideran que el derecho al disfrute de un medio ambiente sano se ve lesionado ante un atentado ambiental y que sus víctimas, esto es, los afectados en tal derecho, podrían solicitar tutela ante los tribunales en tanto que se trata de un interés legítimo. Por último, para otros, la minoría, la responsabilidad civil no cabe sólo respecto de los daños a derechos subjetivos y a los intereses legítimos, sino también respecto del daño ecológico puro, que se puede considerar una tercera categoría –según el autor en cuestión-. En cualquier caso, si a esta diversidad sobre la que trataremos en el capítulo I y en el III, sumamos la propia del Derecho comparado en el seno de la UE y de las tendencias propias en Derecho internacional y en el Derecho de la UE, así como el hecho de que la existencia de múltiples afectados nos remita necesariamente a las acciones colectivas, con una complejidad propia y un desarrollo aún insuficiente a este respecto pero sin duda clave³⁶, el resultado es una gran heterogeneidad que obliga a un esfuerzo clarificador y simplificador por parte de la doctrina.

En el plano concreto del acceso a la justicia –a los procedimientos judiciales- ante daños ambientales transnacionales, las insuficiencias son clamorosas. La territorialidad de los Estados nacionales choca aún con la

³⁶ “(...) the availability of mass claim settlement procedures not surprisingly is an important factor shaping also the recoverability of claims against a multitude of potential defendants”. Vid., B.A. KOCH, “Multiple Tortfeasors in Mass Tort Cases” en: W. H. VAN BOOM & G. WAGNER (EDS), *Mass Torts in Europe, Cases and Reflections*, De Gruyter, Tort and Insurance Law vol. 34, Berlin, 2014, pp .173-197, p.190.

protección de un bien de repercusiones globales³⁷ y con la extraterritorialidad de la actividad empresarial responsable –entre otros actores- de su deterioro. Los sistemas jurídicos van muy por detrás de la realidad social y económica y cualquier intento de configurar derechos que no se identifican en todo con la estructura e instrumentalización individual y privada, encuentra muchas resistencias.

Así, el daño ambiental, más allá de, cómo veremos, el daño a los tradicionales derechos subjetivos, es un territorio casi desconocido para el Derecho civil o, más allá, para el Derecho administrativo en lo que respecta a la legitimación particular, no pública, con algunas honrosas excepciones³⁸. ¿Debe ser esto así? ¿Puede el daño ecológico ser reclamado por particulares? ¿Existe un derecho accionable y exigible al disfrute de un medio ambiente sano o no es más que un “derecho sobre el papel”? ¿Pueden plantearse acciones colectivas? ¿Quién estaría legitimado para accionar ante cada uno de los intereses o bienes lesionados? Y, ante esta realidad, ¿puede el Derecho internacional privado, a nivel supraestatal y estatal, actuar como obstáculo o como facilitador para garantizar un acceso efectivo a la justicia? Y, ¿debe hacerlo a la luz de todos los principios de protección medioambiental asumidos? Etc.

³⁷ Y es que si bien el mundo sigue empeñado en ofrecer soluciones territoriales nacionales, “[la biosfera es] única, interrelacionada y olímpicamente ajena a jurisdicciones nacionales y celosas soberanías”. R. MARTÍN MATEO, *La revolución ambiental pendiente*, Lección inaugural del curso 1999-2000, Universidad de Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, p. 2.A., disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor-din/la-revolucion-ambiental-pendiente--0/html/> [Consulta: 29/5/2015].

³⁸ Como veremos ampliamente en el capítulo III, algunos países sí reconocen la legitimación de las ONG ecologistas para reclamar e, incluso, el perjuicio ecológico como generador de responsabilidad civil. Una sentencia reciente paradigmática en este sentido es la del caso Erika: “Lorsque ces faits constituent une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l’environnement, à l’amélioration du cadre de vie, à la protection de l’eau, de l’air, des sols, des sites et paysages ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, les associations auxquelles la loi confère la faculté d’exercer des droits reconnus à la partie civile, conformément aux premier et second alinéa de l’article L. 142-2 du code de l’environnement, peuvent demander réparation, non seulement du préjudice matériel et du préjudice moral, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs qu’elles ont pour objet de défendre, mais aussi de celui résultant de l’atteinte portée à l’environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu’elles ont statutairement pour mission de sauvegarder”. Resolución de la Corte de Casación de París, 25 septiembre 2012, as. n° 3439, p. 191.

Por último, la conexión creciente del derecho al disfrute de un medio ambiente sano con su naturaleza como derecho humano³⁹ hace que su consideración en el marco de la responsabilidad civil tenga especial interés, dada no sólo la creciente tendencia a utilizar la vía civil para reclamar por vulneraciones de derechos humanos –aunque no sea la ideal ofrece algo de esperanza–, que ha despertado creciente interés en la doctrina, sino también por los principios que, en virtud del Derecho internacional, podrían facilitar y fundamentar una tutela reforzada. Y esto sin perder de vista que la vía civil no es la más idónea para estas reclamaciones, porque además de que puede tergiversar u ocultar el fin de tutela del interés general bajo la ganancia particular del agraviado, muchas veces insuficiente, obliga a convertir vulneraciones de derechos humanos que afectan no sólo a un individuo sino a la colectividad, con un “juicio de reproche” mayor (por ejemplo: la tortura), en daños civiles (por ejemplo: la agresión o lesión corporal)⁴⁰, con la consecuente pérdida de su especial naturaleza. No obstante, la apertura y la posible adaptación de la vía civil ofrece cierta esperanza ante la insuficiencia y las dificultades del resto de vías disponibles y en ella pueden encontrarse soluciones si no óptimas sí satisfactorias en relación a los otros escenarios posibles.

No cabe duda de que el Derecho internacional privado puede jugar un papel esencial mejorando y no obstaculizando el acceso a la justicia en este tipo de reclamaciones, para conseguir que “los intereses privados” (o, en segunda línea, intereses económicos de la sociedad que se beneficia económicamente de dicha actividad) no prevalezcan sobre los intereses en primera línea de la

³⁹Se hacen eco de esta tendencia, J. VERNET Y J. JARIA, “El derecho...”, op.cit., pp. 521, 532 y bibliografía allí citada. No obstante, no abordaremos como tal la aplicación extraterritorial de los distintos tratados que vinculan a España en materia de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), la Carta Europea o los tratados de derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas, ya que el medio ambiente aún no se ha reconocido como tal en ninguno de ellos, pese a las distintas interpretaciones –bajo otros derechos como el derecho a la vida privada y familiar del CEDH– que parecen ir señalando en esa dirección. Une de manera específica la categoría de derechos humanos, el medio ambiente y la responsabilidad de las empresas multinacionales: A. BONFANTI, op.cit., pp. 21-32.

⁴⁰ Así lo señala M. FONT I MAS, “La ineficacia de los reglamentos europeos en la determinación de la responsabilidad de las multinacionales por daños acaecidos en terceros Estados”, ponencia dictada en el Seminario de investigación de la Universitat Jaume I y de la Universitat Rovira i Virgili, “Human Rights in Business”, Tarragona, 28 y 29 Mayo 2015.

sociedad (interés a la reparación ambiental y prevención general derivada de esa posible obligación de reparación de *los daños que se causen*) y se sienten así las bases de un *Estado ambiental de Derecho a escala global*⁴¹. Con este objetivo abordaremos cuestiones como la naturaleza y calificación de las pretensiones por daños ambientales, la legitimación para reclamar por ellos o la posibilidad de iniciar acciones colectivas, entre otras.

2.2. En relación a los grupos societarios transnacionales.

El por qué nos interesan especialmente como sujeto responsable de los daños ambientales en relación a los obstáculos de acceso a la justicia, obedece a múltiples razones: su importante papel en la economía internacional y en la externalización del riesgo empresarial⁴², su involucración en daños ambientales de magnitud⁴³ con un claro componente internacional y, entre otros, las deficiencias constatadas del Derecho en la regulación de la responsabilidad de los grupos transnacionales de sociedades⁴⁴.

⁴¹ J. JORDANO FRAGA, "Responsabilidad por daños al medio ambiente", *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 427-459; disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1122/medio_ambiente_26_jordano.pdf?sequence=1 [Consulta: 20/05/2012].

⁴² La idea del riesgo y su vinculación a la generación de riquezas es esencial en el discurso y en el fundamento de muchas de las propuestas que plantearemos en este trabajo, basándonos en el análisis que realiza U. BECK sobre lo que él denomina la "sociedad del riesgo global", en la que la producción social de riquezas está vinculada a la asunción de riesgos. Vid., U. BECK, *La Sociedad del Riesgo Global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 36 y ss.; B. LANGE, D. THOMAS & A. SARAT, *From Economy to Society? Perspectives on Transnational Risk Regulation*, *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 62, Emerald, 2013, pp. 1-24, 265 y ss.; también, en relación con la contaminación transfronteriza, M. L. REYNA, "Contaminación transfronteriza: desregulación y conflicto social", *Cuadernos ASADIP, Jóvenes investigadores n°1*, primer semestre, 2015, pp. 129-146, p. 130.

⁴³ En palabras de A. SHINSATO, "TNCs are one of the largest contributors to environmental destruction but are not liable for environmental destruction or the negative impacts the destruction may have on human (...)". Vid., "Increasing the Accountability...", op.cit., p. 208. Basta un vistazo a la página web del Business and Human Rights Resource Centre para ver la cantidad de casos actuales documentados que hasta la fecha tienen registrados, como punto de partida: <http://business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability/case-profiles/complete-list-of-cases-profiled> [Consulta: 20/1/2015].

⁴⁴ Para algunos autores, el hecho de que las consecuencias del medio ambiente sean globales y no parcelables y generalmente transfronterizas o transnacionales recomendaría una concepción uniforme de los grupos de empresas en este ámbito, más allá de las diferentes culturas jurídicas cosa que, hoy por hoy, no existe y cuya consecución nos parece bastante

Y es que el Derecho, eminentemente nacional, con criterios territoriales y ajeno a la “realidad líquida” del mundo empresarial actual, se muestra incapaz de aprehender las conexiones y las relaciones de causalidad que se dan en el interior de esos grupos de sociedades, permitiendo, por ello, espacios de inmunidad *de facto* y *de iure*; así, las empresas utilizan el “fraccionamiento jurídico” beneficiándose de la inexistencia de normas que regulen la responsabilidad civil en estos supuestos para eludir su responsabilidad⁴⁵. Y es que la globalización ha influido de manera notable en la configuración de conceptos y principios básicos como la no injerencia en los asuntos “de otro Estado” o el territorio físico como factor de conexión principal con el foro. Claramente, “this brings private international law and its mediating role to the forefront”⁴⁶.

En estos casos, de grupos de empresas con filiales ubicadas en distintos Estados, no suele ser fácil obtener información ni acopiar indicios para lograr el levantamiento del velo y atribuir la responsabilidad a la sociedad matriz - ubicada normalmente en un Estado con un ordenamiento más favorable para las víctimas-, ni tampoco es común que se reconozca la responsabilidad de la matriz por la falta de diligencia en su deber de cuidado sobre las actividades de la filial, convirtiendo en suma en una ardua tarea satisfacer el derecho humano a la tutela judicial efectiva y, con él, la protección del medio ambiente.

improbable. Vid. D. LOPERENA ROTA, *Los principios de Derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, p.29. G. ESTEBAN DE LA ROSA, *op.cit.*, p. 618.

⁴⁵ G. ESTEBAN DE LA ROSA, *op.cit.*, p. 605; V. CHETAIL, “The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward”, en: D. ALLAND ET AL (eds.), *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Prof. Pierre Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 105-130 ; D. AUGENSTEIN, “The Crisis of International Human Rights Law in the Global Market Economy”, *Netherlands Yearbook of International Law*, nº 44, 2014, pp. 41-64; N. JÄGERS, “Colloquium on the Liability of Multinational Corporations under International Law, 29 and 30 April 1999, Rotterdam, The Netherlands”, *International Law FORUM du droit international*, Vol. 1, nº 3, pp. 181-183; V. C. NAMBALIA, “Global Environmental Liability: Multinational Corporations under Scrutiny”, *Exchanges: Warwick Research Journal* vol.1, nº2, 2014, pp. 181-204; *vid.*, *infra*, en el capítulo I, pp. 96-102.

⁴⁶ L. CARBALLO PIÑERO Y X. KRAMER, “The Role of Private...”, *op.cit.*, p. 110.

En los países de origen de las empresas multinacionales diferentes sistemas legales han sido tímidamente utilizados para atribuir la responsabilidad por estos daños, a pesar de la complejidad de dichos grupos, de los obstáculos en lo concerniente a normas sustanciales, conflictuales y procesales y a cuestiones como la insolvencia del intermediario local o la dificultad probatoria. Esta evolución es clave⁴⁷, ya que las personas afectadas suelen tener pocas posibilidades de obtener reparación en su propio país -el receptor de las inversiones, donde se verifica el daño- por la falta de voluntad política -por la necesidad de atraer capital extranjero- o insuficientes recursos jurídicos (falta de legislación protectora, politización o corrupción del sistema judicial, inexistencia de un sistema de asistencia legal, etc.)⁴⁸, y por ello parece esencial lograr “precisar el incierto régimen de imputación de responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades multinacionales, condicionado en la práctica, entre otros elementos, por la concreta estructura del grupo, la organización de sus actividades o la eventual adopción de directrices unitarias”⁴⁹. Sin embargo, el jurista, generalmente inmovilista, se muestra reticente a alterar ese orden de cosas en un Derecho civil decimonónico, o más bien, romano, en cuya génesis ningún jurista pudo concebir las realidades a las que hoy debemos hacer frente con urgencia. Deseamos que este estudio represente una pequeña y humilde contribución en esa dirección.

⁴⁷ A pesar de que la regulación estatal siempre será insuficiente e insatisfactoria ante una realidad transnacional con implicaciones e interconexiones con múltiples Estados, sobre todo cuando aquella no responda a un convenio o directiva común para una mayoría de Estados, porque la heterogeneidad en este sentido no sólo incrementa la imprevisibilidad y la inseguridad jurídica sino que además dificulta la adopción de regímenes más exigentes de responsabilidad, ya que los Estados, sabedores de que puede resultar en una desventaja competitiva para sus empresas, preferirán no adoptarlos o hacerlos con el mínimo nivel de rigurosidad. Sobre la insuficiencia de normas estatales y, a la vez, sobre lo improbable de adoptar una convención uniforme por razones político-económicas, vid., V. C. NAMBALIA, “Global Environmental...”, op.cit., pp. 187 y ss; M. ANDERSON, “Transnational...”, op.cit., pp. 399-425.

⁴⁸ A. VERCHER, “Bhopal o una reacción judicial insolidaria”, *Jueces para la democracia*, 1989, núm. 8, pp. 85-89.

⁴⁹ P. DE MIGUEL, “Responsabilidad civil de los grupos multinacionales”, entrada de Blog, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/search/label/Derecho%20de%20sociedades> [Consulta: 19/05/2012]. También, como refiere M. EROGLU citando a C.M. SCHMITTHOFF: “the question of limited liability of the parent company for the torts of a subsidiary under certain well-defined conditions is one of the great unsolved problems of modern company law”. Vid., C.M. SCHMITTHOFF & F. WOOLDRIDGE (eds.), *Groups of Companies*, Sweet & Maxwell, London 1991, citado por M. EROGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liability*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 89.

Es, en este ámbito, la cuestión de la competencia judicial internacional esencial varios motivos, entre los que destacan los siguientes:

a) Por mucho que pudiera probarse la relación de dependencia de la matriz con la filial y los indicios de responsabilidad de la primera en los hechos –algo ya de por sí difícil-, no podría demandarse a la filial en territorio europeo por daños extraterritoriales con base en el Reglamento 1215/2012⁵⁰ porque *no existe un foro aplicable a no domiciliados* para estos supuestos, ni siquiera por razón de conexidad -para evitar de sentencias contradictorias-, dependiendo entonces del Estado miembro en cuestión en el que se domicilie la matriz y de sus normas de competencia residual, con la consecuente imprevisibilidad, inseguridad jurídica y distorsiones entre Estados miembros; además, el art. 4 del Reglamento no permite acoger la competencia judicial internacional con el fundamento del levantamiento del velo sobre una filial no domiciliada.

b) Por otra parte, no existe un foro de necesidad en el Reglamento que impida la denegación de justicia cuando no está disponible ningún otro foro en el que las víctimas puedan acceder a una tutela judicial efectiva, generalmente en el lugar del daño, por lo que habrá que estar de nuevo a las normas de producción interna, reconociéndose el *forum necessitatis* sólo en algunos Estados. A pesar de los múltiples obstáculos que pueden ser enumerados, y que veremos lo largo de este trabajo, a juicio de la mayoría de los autores, los del ámbito de determinación de la autoridad competente son “often the greatest hurdle faced by litigants”⁵¹.

⁵⁰ Reglamento de la Unión Europea número 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L n° 351, de 12 de diciembre de 2012), que es de aplicación desde el 10 de enero de 2015 (coloquialmente conocido como “Bruselas I Bis”). Sustituyó al Reglamento de la UE número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como “Bruselas I” y que no difiere en lo sustancial del texto actual, como podremos analizar en el capítulo II.

⁵¹ International Civil Litigation and the Interest of the Public Committee (ILA), reunión de La Haya, Draft Report, n°54, citado por M. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad....”, op.cit., p. 30, nota 89.

Esto, sin olvidar que los daños ambientales, por su especial naturaleza, añadirán su problemática a los supuestos planteados, especialmente en materia de acciones colectivas, legitimación y disponibilidad de la acción civil según el ordenamiento en el que se plantee el litigio (vid. *supra*).

Por todo ello, nos parece esencial un estudio de algunos de los principales obstáculos que en el ámbito del Derecho internacional privado y del Derecho procesal internacional en especial hemos detectado en estos supuestos, sin perder de vista que las conclusiones bien podrían aplicarse, con ciertos matices, a otros supuestos relacionados, así como alumbrar ciertos avances tanto en materia de regulación del régimen de responsabilidad de grupos societarios transnacionales como en el ámbito de las demandas civiles por daños ambientales y su tratamiento a nivel supraestatal.

Como bien afirma V. VAN DER EECKHOUT, “PIL can open doors for victims, as PIL can also close doors for victims. Care should be taken to ensure that PIL is not reduced to an instrument of power in the hands of the stronger party, who can use it in order to benefit even more from a situation of competing norms. (...) PIL does have the potential to facilitate rather than complicate access to justice for victims”⁵². Y esto sin perder de vista que, ante una realidad tan compleja, poliédrica y global, la respuesta jurídica debería ser lo más amplia posible, prescindiendo de las rígidas categorías entre lo “público” y lo “privado”, proponiendo un enfoque integral centrado en el problema en el que todas las áreas jurídicas implicadas interaccionaran en la búsqueda de la mejor solución⁵³.

⁵² V. VAN DER EECKHOUT, *op.cit.*, p. 20.

⁵³ Sobre la necesidad de superar la separación entre lo público y lo privado en algunos problemas con repercusiones internacionales que, por su naturaleza, lo requieren, vid., S.L. KARAMANIAN, “Public international law versus Private international law: Reconsidering the distinction”, XL Curso de Derecho Internacional, Comité Jurídico Internacional de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 2014, pp. 33-46. Para la autora, etiquetar los supuestos excluyentemente bajo la óptica privada o la pública es negativo porque “it needlessly establishes blinders when what is needed is an expansive yet tempered perspective”. *IBÍDEM*, p. 36. Especialmente, respecto a la definición del deber de las corporaciones de respetar el medio ambiente y los derechos humanos, la interacción entre el DIP y el Derecho internacional privado es esencial. *IBÍDEM*, p. 44. También lo plantea como una

III. Estructura de la investigación.

Partiendo de estos interrogantes y líneas argumentales, organizaremos el trabajo en tres bloques o capítulos.

1º. El primero de ellos, abordará cuestiones preliminares sobre el concepto de daños ambientales, la presencia en ellos de un elemento internacional y su relevancia desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del Derecho internacional privado. Seguidamente, se profundizará en la realidad de los grupos societarios transnacionales y se cuestionará el alcance del principio de responsabilidad limitada e independencia entre las empresas de un mismo grupo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, analizando los problemas que su aplicación dogmática genera en el acceso a la justicia de nuestro supuesto de hecho y las posibles adaptaciones para que el riesgo empresarial sea mejor distribuido, para que la carga de la prueba esté repartida de manera más justa en estos procesos y para que, en última instancia, las víctimas de estos daños logren una reparación efectiva, más allá del insuficiente, imprevisible y excepcional *levantamiento del velo* societario. Para ello haremos también referencia a otras áreas del Derecho, especialmente en Derecho europeo, en el que el tratamiento de la responsabilidad de los grupos societarios y de su prueba procesal ha evolucionado más que en temas ambientales o de derechos humanos propiamente dichos, como son el Derecho fiscal y el Derecho de la competencia.

Este primer capítulo es esencial para intentar ofrecer lo que se pretende: una visión panorámica, integral e interdisciplinar de la naturaleza y de los problemas que se plantean para acceder a la justicia, que generalmente son abordados por la doctrina de manera parcelada, en función de las distintas áreas de conocimiento jurídico que, sin embargo y desde nuestro punto de vista, necesitan ser consideradas e hilvanadas en una misma mirada para que

consecuencia inevitable y deseable de la evolución del Derecho internacional privado como consecuencia de la influencia del enfoque de los derechos humanos, H. MUIR WATT, "Future Directions?", en: H. MUIR WATT & D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), op.cit., pp. 343-382, p. 382; y, como demuestra con el enfoque de toda la obra, A. BONFANTI, op.cit.

la eventual propuesta sea mínimamente aplicable y consistente con las categorías jurídicas en las que se fundamenta. Existiendo además grandes trabajos que estudian a conciencia, dentro de un área de conocimiento, un problema en particular de manera vertical o específica⁵⁴, hemos preferido privilegiar en este trabajo la globalidad y la horizontalidad a costa de realizar un análisis focalizado en una cuestión particular dentro de un área de conocimiento. Huelga decir que abordar en su integridad todos los problemas que se presentan en el acceso a la justicia en caso de daños ambientales causados por grupos de sociedades transnacionales y hacerlo de una manera profusa en cada uno de sus términos desborda con creces los medios disponibles.

2º. El capítulo segundo se centrará en el problema principal que encontramos desde el punto de vista del Derecho internacional privado: la competencia judicial internacional. Ante el supuesto, ya expuesto *supra*, en el que una empresa filial domiciliada en un país empobrecido cuya matriz está domiciliada en un país europeo, causa daños catastróficos al medio ambiente – y a la población- en ese primer país, la posibilidad de que el caso sea juzgado en algún país de la UE, desde el punto de vista de la conexidad con el foro, es mínima. Y que fuera posible podría resultar verdaderamente interesante para las víctimas cuando el país en el que se materializan los daños tiene un alto grado de corrupción en su sistema judicial, el gobierno se ve involucrado en el negocio, la normativa medioambiental es insuficiente o no es posible demandar a la matriz siendo la filial insolvente⁵⁵.

⁵⁴ Esto es, encontramos excelentes trabajos –que servirán de base a nuestro estudio y que irán siendo citados a lo largo de la investigación- sobre el Derecho de daños, sobre el Derecho del medio ambiente, sobre el Derecho societario y la responsabilidad de los grupos, sobre la competencia judicial internacional o sobre los daños ambientales transnacionales desde una perspectiva internacional-privatista, mientras que no es fácil encontrar una obra que aborde, desde una perspectiva crítica, los presupuestos civiles o mercantiles de un determinado concepto jurídico que sirve de base para el análisis y la propuesta en otras áreas del Derecho como es, en este caso, el Derecho internacional privado.

⁵⁵ Un caso claro de esta insolvencia de las filiales es el de *Boliden* en Aznalcóllar, en el que la filial, con un capital social de tres mil euros es incapaz, lógicamente, de hacer frente a los cerca de 98 millones de euros que adeudaba a la Junta de Andalucía por los trabajos de limpieza y reparación. Vid., [Redacción], “Un juez embarga a Boliden 141 millones para que pague el vertido”, *Diario El Correo de Andalucía*, 22 junio 2007.

Analizaremos los diversos obstáculos que pueden plantearse para el acceso a un tribunal español en estos supuestos según el sistema español de Derecho internacional privado –incluyendo el análisis de las normas supraestatales convencionales, institucionales y de las normas de producción interna-, muchos de los cuales serán comunes para el resto de países de la UE. Igualmente, abordaremos el análisis de los foros de competencia residual en Derecho comparado de países de la UE y otros ejemplos de terceros Estados. El análisis del foro de necesidad y de otros foros como el del lugar del daño serán abordados en detalle, tratando de ofrecer, en última instancia, propuestas que mejoren el acceso a la justicia en materia de normas de determinación de la autoridad competente, tanto a nivel nacional como a nivel supraestatal.

3º. Por último, en el capítulo III, se abordarán dos cuestiones esenciales que tienen que ver directamente con la especial naturaleza de los daños ambientales y los problemas que su actual configuración sustantiva y su calificación en supuestos de tráfico externo suponen para su defensa procesal, agravados por la frecuente afectación a una pluralidad de personas e intereses que requieren mecanismos procesales específicos que permitan un acceso a la justicia asequible y en igualdad –o al menos, en menor desigualdad- con la parte demandada.

Esto es, en primer término, abordaremos la legitimación para plantear acciones por daños ambientales (daños privados a derechos tradicionales, daños al interés supraindividual y daños ecológicos), con referencias al Derecho comparado y a distintas aportaciones doctrinales sobre el particular. En un segundo término, estudiaremos el mecanismo de las acciones colectivas o, en terminología de las instituciones europeas, *collective redress*, para proponer alternativas tanto en Derecho español como europeo que, partiendo de las recomendaciones europeas y doctrinales más recientes, puedan suponer una mejora en el acceso a la justicia por parte de sus principales afectados, reduciendo la apatía racional de las víctimas ante la desigualdad evidente de las partes, la atomización de los daños y los costes de litigación vs. el beneficio esperado, sobre todo cuando es necesario litigar en el extranjero.

Terminaremos con unas propuestas de *lege ferenda* en relación a ambas cuestiones, legitimación y acciones colectivas, íntimamente vinculadas.

Con esta estructura se pretende abordar en profundidad la cuestión del acceso a la justicia cuando en la parte demandada encontramos una o varias empresas de un grupo trasnacional de sociedades y en la parte demandante encontramos una pluralidad de afectados en mayor o menor grado, por un daño ambiental significativo. Si bien el estudio se centra en los daños ambientales, el análisis y las conclusiones obtenidas en materia de responsabilidad societaria y competencia judicial internacional serían fácilmente extrapolables, siempre con las oportunas adaptaciones en función de los principios que rijan el área en particular, a otras vulneraciones cometidas por grupos societarios, como las de derechos humanos –en su definición tradicional-, cuyo estudio ha generado en los últimos años gran interés por parte de la doctrina.

IV. Exclusiones y futuras líneas de investigación.

En relación a las clásicas cuestiones que se abordan al realizar una investigación en Derecho internacional privado (determinación de la autoridad competente y de ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones), hemos preferido centrarnos en la primera de ellas por varios motivos que a continuación expondremos.

4.1. En relación a la exclusión del estudio de la determinación del Derecho aplicable.

Una primera aproximación a la literatura al respecto y a las normas de conflicto en la materia en el sistema español de Derecho internacional privado nos llevó a algunas constataciones importantes:

- i. La atención doctrinal a cuestiones de ley aplicable ha sido principal en relación al análisis realizado de las normas de competencia judicial internacional.

El estudio de la determinación de la ley aplicable en la doctrina iusprivatista es mucho más frecuente que el de las cuestiones de competencia judicial internacional que no han sido objeto, especialmente en la doctrina española, del suficiente análisis respecto de este supuesto de hecho que nos planteamos⁵⁶.

ii. El análisis del fundamento de la norma de conflicto principalmente aplicable del sistema español de Derecho internacional privado nos remite a un análisis de Derecho sustantivo vs. Derecho internacional privado.

Salvo en materias reguladas por Convenios supraestatales convencionales –daños nucleares y daños a las aguas del mar por hidrocarburos-⁵⁷, según el sistema español de Derecho internacional privado, la ley aplicable la determinará, para las obligaciones extracontractuales y desde su fecha de aplicación (11/1/2009)⁵⁸, el

⁵⁶ Vid., en especial, sobre la importancia de estudiar las cuestiones de competencia judicial internacional en este ámbito vs. las de determinación de ley aplicable, Prólogo de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS de la obra de A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, op.cit., p. 28; P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, op.cit., p. 66; M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, *El Derecho...*, op.cit., p.101.

⁵⁷ Estos convenios tienen un limitado ámbito de aplicación y naturaleza de Derecho material aplicable al fondo por lo que, unido a la abundante literatura existente al respecto sin que haya habido recientes innovaciones legislativas, hemos preferido abordarlos en relación a la determinación de la autoridad competente haciendo referencia a muchos de sus contenidos pero sin ahondar específicamente en la cuestión de determinación del Derecho aplicable.

⁵⁸ Para todos aquellos daños producidos desde su entrada en vigor el 19 de agosto del 2007. Su ámbito de aplicación espacial es universal y, materialmente, los daños definidos en el artículo 1 a excepción de algunas materias excluidas. En lo que nos interesa, es plenamente aplicable, y también lo es a la responsabilidad civil derivada de delito, cualquiera que sea la jurisdicción que esté conociendo del caso. Y es que las obligaciones extracontractuales se definen de manera autónoma y residual, por oposición a lo que se define como contractual. No cabe duda de que, a la vista de esto y de la presencia específica de un artículo referido a los daños medioambientales, éstos se consideran claramente dentro del ámbito de aplicación del artículo, tanto en el caso de daños ecológicos como en el caso de daños privados a las personas o a las cosas, como se deduce del texto de la lectura conjunta del art. 7 y del considerando 24: “Por «daño medioambiental» debe entenderse el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos”. También se explicita así en el *Memorandum* explicativo del Reglamento, vid. Vid. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, op. cit., p. 105.

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (llamado coloquialmente “Roma II”). No existiendo una norma material uniforme aplicable a este tipo de responsabilidad de los grupos societarios y existiendo, además, notables diferencias en su tratamiento según el ordenamiento jurídico de que se trate, se entiende fácilmente que la determinación de la ley aplicable es, a simple vista, una cuestión esencial para la obtención de una tutela judicial efectiva y favorable a las víctimas⁵⁹.

El Reglamento 864/2007, en defecto de ley elegida por las partes (artículo 14)⁶⁰, contiene una norma específica que determina la ley aplicable a los daños medioambientales en su artículo 7. Además, en virtud del artículo 15, letra g), la ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, también, la responsabilidad por actos de terceros, por lo tanto regulará tanto la eventual responsabilidad de la filial como la responsabilidad de la matriz⁶¹ -en caso de responsabilidad directa, ya sea objetiva o por culpa, y en caso de responsabilidad por actos de la filial-.

Según el art. 7: “La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por

⁵⁹ Sobre esta importancia, vid., V. VAN DEN EECKHOUT, “The Private International Law...”, op.cit., p. 12; M. ANDERSON, “Transnational...”, op.cit., pp. 415 y ss.

⁶⁰ Muchos autores han criticado la posibilidad de acuerdos por la naturaleza peculiar de estos daños, ya que puede provocar comportamientos oportunistas de los grupos de empresas para conseguir llegar a acuerdos sobre la ley más favorable a sus propios intereses mediante presión. Vid. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, op.cit, p. 109 y bibliografía allí citada. Este razonamiento es idéntico al que se planteará sobre la posibilidad de elegir el foro en el capítulo II, *infra*.

⁶¹ En este sentido podría tenerse en cuenta el art. 17 del Reglamento 864/2007 como indicador de la responsabilidad de la matriz. No obstante, recuérdese que según el Considerando nº11 del Reglamento CE nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE nº 199, de 31 de julio de 2007): “El concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo. Las normas de conflicto de leyes contenidas en el presente Reglamento deben aplicarse también a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva”.

personas o bienes como consecuencia de dicho daño⁶², será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”. Esto es, el artículo establece que la ley aplicable será la del lugar de manifestación del daño salvo que los demandantes-víctimas decidan que sea la del lugar en el que se produjo el hecho generador del daño⁶³. Partiendo de esta facultad de elección⁶⁴ que facilita el análisis jurídico, podríamos plantear una cuestión interesante en relación a nuestro objeto de estudio: *¿Puede considerarse que el lugar del hecho generador del daño es el país de domicilio de la matriz?*

⁶² Según algunos autores, la utilización del término “consecuencia” no puede llevar a pensar que se trata de daños derivados o indirectos, ya que, entre otras razones, normalmente ambos comparten el mismo hecho generador. Vid., P. MOSCOSO RESTOVIC, “Principio *favor laesi* y parte más débil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 134, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 571-594, p. 581. Abordaremos esta cuestión a propósito de la determinación de la competencia judicial internacional, en el epígrafe sobre la aplicación de los foros a los daños “indirectos”.

⁶³ Este principio *favor laesi* se justifica en el Considerando número 25: “En cuanto a los daños medioambientales, el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional”. Esta posibilidad de aplicar la Ley del Estado de origen en casos de contaminación transfronteriza significa también que se castigan no sólo “daños” al medioambiente, sino también “conductas” atentatorias contra el medioambiente; es la llamada *protección conflictual reforzada* ante casos en los que se desdobra el *locus* jurídicamente relevante. Vid., F. KNOEPFLER, PH. SCHWEIZER, “Tchernobyl Action ouverte en Suisse for et droit applicable”, en: B. DUTOIT ET AL., *Pollution transfrontière= Grenzüberschreitende Verschmutzung: Tschernobyl, Schweizerhalle, Helbing & Lichtenhahn*, 1989, pp. 33-53; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 1200; K. FACH GÓMEZ, “The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: from the European Autonomous System to Rome II”, *Swiss Yearbook of Private International Law*, 2002, pp. 291-318, p. 315; A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDEN, *The Legal Liability of Dutch Parent Companies for Subsidiaries’ Involvement in Violations of Fundamental, Internationally Recognised Rights*, 2009, p. 51, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626225 [Consulta: 12/2/2015].

⁶⁴ Nótese que ésta se limita a los daños medioambientales por lo que, en lo relativo a otro tipo de daños que pudieran ser responsabilidad de los grupos societarios el análisis es distinto y, en principio, a nuestro criterio, más necesario desde la óptica del Derecho internacional privado. De hecho, es frecuente la consideración del art. 7, muy bien acogido por la doctrina, como ejemplo o punto de partida para la reforma del Reglamento 864/2007 y la inclusión de esa facultad de elección en otros supuestos en los que los responsables son, en principio, empresas de grupos multinacionales. Vid., V. VAN DEN ECKHOUT, “The Private International Law...”, op.cit., p. 18 y bibliografía allí citada.

Esta misma cuestión se aborda en relación a la interpretación del artículo 7.2 del Reglamento UE 1215/2012 (antiguo 5.3 del Reglamento 44/2001⁶⁵), por lo que, si bien es de absoluta relevancia, no pensamos necesaria su repetición. Ahora bien, a priori y so pena de un análisis más profundo, si, como nos planteamos, el lugar del daño es un tercer país cuyas normas son, por lo general, menos ventajosas para las víctimas, parece probable que la elección de la “otra norma” del lugar del hecho generador sea la opción preferida por los perjudicados⁶⁶. Así, si aquella no pudiera interpretarse como la ley del lugar de domicilio de la matriz tendríamos que, en la mayor parte de los casos, la ley del hecho generador inmediato coincidiría con la del lugar del daño, siendo por tanto inútil e incomprensible la intención de beneficiar a la víctima⁶⁷ que el legislador europeo expresamente menciona en el Considerando 25 del Reglamento 864/2007.

Si de lo anterior puede deducirse con alta probabilidad la razonabilidad de que el lugar del hecho generador se considere el del

⁶⁵ Reglamento CE nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DOUE L nº12, 16 de enero de 2001.

⁶⁶ Normalmente, los países desarrollados en los que suelen estar domiciliadas las empresas matrices tienen reglas de responsabilidad más favorables a los intereses de las víctimas; entre otros motivos, como recoge M. ANDERSON: “Their longer history of environmental degradation, the higher incomes and the greater freedom to develop complex rules tend to endow them with substantive tort rules better adapted to deal with environmental claims”. Vid., M. ANDERSON, “Transnational...”, op.cit., p. 418.

⁶⁷ Esta inclinación por el legislador de beneficiar a la víctima con las normas de Derecho internacional privado responde al cambio de tendencia en el papel que se otorga a dicho cuerpo normativo como apuntamos *supra* citando a J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orientaciones...”, op.cit., pp. 7-21. No obstante, entre los escasos asuntos de este tipo (daños ambientales extraterritoriales causados por grupos de sociedades) tramitados en la UE, no hemos encontrado esta interpretación. Éste es el caso de Boliden-Chile, que está siendo juzgado en Suecia, ante el tribunal de primera instancia de Skelleftea. Al contrario, el “lugar del hecho generador” no se entiende como el lugar de domicilio de la matriz sino como el lugar en el que se generó directa y materialmente el daño, si bien la argumentación y el hilo lógico de la demanda, que pretende la aplicación de la ley chilena, es discutible. Demanda facilitada por cortesía del letrado J. ÖBERG del despacho Carat Law, de Estocolmo, que defiende a los 700 perjudicados por desechos tóxicos exportados de Suecia a Chile y depositados cerca de Arica. Vid., sobre el caso, capítulo II, p. 299.

lugar de domiciliación de la matriz⁶⁸, cabe plantearse el conflicto jurídico de fondo por la incoherencia e incompatibilidad que supone asumir lo anterior a la par que la independencia matriz-filial y la -en principio- no responsabilidad de la matriz que determina el Derecho sustantivo en la práctica mayoría de los ordenamientos, salvo que pueda levantarse el velo. Esto es: ¿cómo puede asumirse -en esa interpretación- que se generó allí el daño sin entender cierta vinculación entre la matriz y la filial y cierta responsabilidad -siquiera presunta, por negligencia u objetiva- de la matriz en los daños? ¿Qué sentido tendría jurídicamente la conexión de los hechos con el Derecho del lugar de domiciliación de la matriz si ésta resulta ajena a toda responsabilidad? Pareciera entonces que tal decisión sobre el Derecho aplicable es, bajo supuesto argumento de conexidad, un criterio más cercano al que, en competencia judicial internacional, representa el foro de necesidad⁶⁹, que, si bien es necesario, obvia o vela, de nuevo, la responsabilidad del grupo

⁶⁸ Así lo asumen la mayoría de los estudios doctrinales. Vid., L. ENNEKING, "Crossing the...", op.cit., p. 928; M. VINAIXA MIQUEL, "El levantamiento...", op.cit., p. 282; G. BALLESTEROS PINILLA, "La contaminación transnacional en el Reglamento Roma II", *Revista electrónica de derecho ambiental*, n° 21, 2010, disponible en: http://huespedes.cica.es/gimadus/21/01_taciana_marconatto_damo_cervi2.html [Consulta: 18/2/2015]; V. VAN DEN EECKHOUT, "The Private International Law...", op.cit., p. 15. En contra, no obstante: A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDEN, "The Legal Liability...", op.cit., pp. 50 - 53; N. CORTINA FLORES, "La responsabilidad ambiental transfronteriza de la empresa en el Derecho internacional privado: el caso Europeo", *Abogado Corporativo*, año VI, núm. 30, 2012, citando a K. FACH GÓMEZ, "Acciones Preventivas en supuestos de contaminación transfronteriza y aplicabilidad del artículo 5.3 Convenio de Bruselas", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 1999, pp. 583-607, p. 583; G. VAN CALSTER, *European...*, op.cit., p. 240. Para estos autores tal interpretación chocaría con la intención de la norma que, en su opinión, nace para atender los supuestos en los que el daño se causa en un país con un acto concreto (por ejemplo, los vertidos de un desecho contaminante a un río) y los efectos dañosos se sufren en otro Estado (que sufre las filtraciones de agua contaminada). Se trataría de daños transfronterizos, siempre, vs. los transnacionales. Por otra parte, la existencia de un deber de vigilancia de la matriz haría que la conexión fuera claramente más estrecha con el lugar en el que se toma la decisión empresarial que con el de verificación del daño, debiéndose aplicar la ley del lugar de domiciliación de la matriz (IBÍDEM, p. 52). En nuestra opinión, el fundamento de la norma expresado en los Considerandos, unido al resto de principios de protección medioambiental, a la adopción de los Principios Rectores -Ruggie- y a la creciente preocupación por la actuación extraterritorial de las empresas europeas, parecen indicar que sí es posible y conveniente la inclusión del daño transnacional. Sobre esta interpretación teleológica y sistemática, vid., G. BALLESTEROS PINILLA, "La contaminación transnacional...", op.cit.; ep. III; P. MOSCOSO RESTOVIC, "Principio *favor laesi*...", op.cit., p. 581; L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Daños privados...", op.cit., p. 570.

⁶⁹ De hecho, del art. 16 del Reglamento 864/2007 y de la excepción de orden público prevén la aplicación del Estado del foro cuando el del lugar del daño no garantiza leyes imperativas o es contrario al orden público del Estado del foro en el que, como veremos en el capítulo I, algunos autores incluyen las violaciones de derechos humanos y los daños ambientales significativos. Vid., G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, op.cit., pp. 44 y 77.

societario y se sustenta en argumentos bien distintos referidos a la imposibilidad de obtener justicia en otro país con mayores conexiones.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que es necesario que se establezcan ciertas vías para que a los demandantes no les resulte imposible –o prácticamente imposible, por la dificultad de la prueba, la inexistencia de previsiones específicas y lo excepcional del reconocimiento jurisprudencial hasta la fecha- responsabilizar a la matriz por los daños directamente relacionados con la actividad de una filial bajo ciertos presupuestos⁷⁰. Algo que resulta claro, a nuestro juicio, teniendo presente la evidencia del sentido común y de la más elemental noción de justicia que aconseja que las víctimas puedan acudir a tribunales del país de domicilio de la matriz así como elegir la ley del mismo⁷¹, para que la justicia obtenida sea efectiva y para que la distribución del riesgo empresarial sea más adecuado, así como, sin duda, la necesidad de acotar el principio de responsabilidad limitada y de independencia societaria en caso de grupos de sociedades.

Pareciera entonces que el análisis que conviene e interesa, para que el artículo 7 quede bien fundamentado y sea beneficioso realmente para las víctimas, es el del Derecho sustantivo, societario y civil⁷²,

⁷⁰ Los requisitos y alternativas a las exigencias probatorias se abordarán en el capítulo I.

⁷¹ A propósito de las acciones de responsabilidad civil planteadas en un Estado miembro de la UE por violaciones de derechos humanos cometidas por grupos transnacionales en terceros Estados, el Informe realizado por G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, op.cit., establece tres supuestos en los que la aplicación de la ley del foro se justificaría aún cuando la ley del lugar del daño fuera la aplicable en virtud del art. 4 del Reglamento 864/2007: 1) Cuando aquélla no sea suficientemente protectora de los derechos humanos de los perjudicados; 2) cuando un Estado miembro establezca estándares de cuidado y diligencia para las sociedades en él domiciliadas, éstos deberán aplicarse también aunque el daño se haya materializado en un tercer Estado, ya que lo relevante es el lugar del hecho generador de la responsabilidad (art. 17 del Reglamento 864/2007); c) por último, cuando las normas del Estado donde ocurrió el daño sean contrarias al orden público del Estado del foro, lo cual ocurre cuando se consideren contrarias a la protección adecuada de los derechos humanos. Vid., *IBÍDEM*, p. 44.

⁷² También abordaremos cuestiones de Derecho sustantivo, civil y administrativo, en los Capítulos I y III, ya que también es presupuesto necesario para definir el tipo de tutela que puede pretenderse el delimitar la titularidad de los distintos bienes, derechos e intereses que son vulnerados en una catástrofe ambiental. La calificación como daño privado o sujeto a tutela civil y daño al bien jurídico medio ambiente o ecológico, es diversa en los distintos países de la

cuestión que, dentro de los medios y de los objetivos del trabajo, abordaremos en el capítulo I. Esto es, verdaderamente, el artículo 7 del Reglamento parece adecuado y consistente con los principios de protección medioambiental del Derecho de la UE y no supone un obstáculo “para el acceso a la justicia”, aunque para que sea coherente y no dé lugar a la negación del fin que pretende, necesite de un desarrollo de Derecho positivo en la dirección apuntada.

iii. La falta de referencias jurisprudenciales relevantes que permitan un análisis innovador respecto de los trabajos existentes.

En el momento de realización de este trabajo no nos constan sentencias relevantes que apliquen el artículo 7 y que pudieran dar lugar a un análisis interesante desde el punto de vista del acceso a la justicia y de los obstáculos que las víctimas encuentran. Por ejemplo, si existen varios demandantes –de uno o varios países en caso de daños plurilocalizados- y cada uno elige una ley⁷³. Además, al tratarse de una norma de elección, siempre que ésta se haga en tiempo y forma según el Derecho nacional, no plantea, en sí, mayores problemas interpretativos –distintos serán los referidos a la aplicación y prueba de un Derecho extranjero, llegado el caso, que no forman parte de este trabajo de investigación-.

Por todo ello, excluimos del trabajo el estudio como bloque de la determinación de la ley aplicable al fondo, aunque las normas de conflicto

UE y puede evolucionar a la vista de las recientes propuestas en países tan significativos en la UE como Francia. Estos cambios nos han parecido lo suficientemente relevantes como para interrogarnos por ciertas cuestiones de Derecho sustantivo y aplicable que, además, determinan la tutela procesal disponible –¿quién está legitimado para reclamar? ¿se dispone de acciones colectivas? ¿cómo se concilia el carácter administrativo del procedimiento y el componente transnacional tan escurridizo en esquemas nacionales? Etc.-

⁷³ Este aparente conflicto nos parece más de laboratorio que práctico ya que, en el supuesto de hecho que nos planteamos, en el que se produce un daño en un tercer país siendo la matriz del grupo societario implicado europea, no creemos que exista diversidad de opiniones en la valoración –que generalmente es técnica- de la ley que es más ventajosa para los intereses de los demandantes, siendo poco racional que se opte por la más perjudicial sin que el coste intervenga en la decisión puesto que no hablamos de tribunales –litigación en el extranjero o en casa- sino de la ley aplicable al fondo. Esto por no mencionar que en la mayoría de los casos las demandas las apoyan ONG que coordinan y asesoran, cabe imaginar, de manera uniforme.

existentes serán tenidas en consideración y se hará referencia a ellas cuando nos planteen alguna cuestión relevante para el objeto de nuestra investigación.

4.2. En relación a la exclusión del estudio del reconocimiento y ejecución de resoluciones.

En el supuesto de hecho que nos planteamos en este trabajo, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias no será abordado por razones varias⁷⁴:

i. En caso de que, con las posibilidades legales ya existentes, se consiguiera juzgar en un país europeo a una empresa matriz –junto con la filial o de manera exclusiva- por daños ambientales –privados y ecológicos- verificados en un tercer Estado, la sentencia encontraría para ser ejecutada los siguientes problemas:

- En cuanto al aspecto económico de compensación, ninguno, puesto que el hecho de responsabilizar a la matriz en los tribunales del país de su domiciliación hace muy viable el pago de las indemnizaciones, y es ésta precisamente una de las razones por las que parece adecuado tal foro.

⁷⁴ Según el sistema español de Derecho internacional privado, el reconocimiento y ejecución de las sentencias se regulará por estas fuentes: 1º) Si existe un instrumento internacional aplicable, éste fijará el régimen jurídico aplicable (art. 96.1 CE y art. 951 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), BOE nº 7 de 8 de Enero de 2000 -LEC, en adelante-; STS 26 julio 2001). En esta categoría, encontramos los precedentes del Derecho de la UE y los Convenios (bilaterales y multilaterales). Entre los más relevantes para la materia que nos ocupa, están: el Reglamento 1215/2012 y el Convenio de Lugano de 30 octubre 2007, aplicable a las decisiones dictadas por autoridades de los Estados partes en la EFTA que no son miembros de la UE. En relación a los Convenios, habrá que estar al país concreto del que provenga la resolución para determinar si existe o no convenio bilateral o multilateral que regule el reconocimiento de manera específica. 2º) Si el instrumento internacional dispone que no procede otorgar efectos jurídicos en España a la sentencia extranjera, no será posible acudir a las normas internas. 3º) En caso de que no pueda aplicarse ningún instrumento internacional, se aplicarán las normas internas (artículos 952 -954 LEC 1881). Vid., sobre la cuestión, A. RODRÍGUEZ BENOT, "La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza: aspectos de derecho internacional privado", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz*, 2013, pp. 311-370, p. 322.

- En cuanto a la reparación del medio ambiente que correría a cargo de la empresa, no vemos por qué un Estado extranjero pudiera negarse a cooperar. Ahora bien, si la filial fuera condenada a pagar las indemnizaciones y estuviera participada por un gobierno extranjero, sí podríamos encontrar reticencias a su reconocimiento o ejecución pero que, en cualquier caso, serían de índole o raíz política y no jurídica. Frente a esto, cabe pensar en la posibilidad de llegar a un acuerdo internacional en la forma de un Convenio vinculante que, en materia de derechos humanos y medio ambiente, obligara al reconocimiento de las sentencias aunque, bajo algunos Derechos nacionales, el foro en el cual el asunto hubiera sido juzgado no estuviera admitido en el sistema de Derecho internacional privado del Estado de ejecución (por ejemplo, un foro de necesidad en el que hubiera basado su competencia el tribunal del Estado europeo de origen de la sentencia)⁷⁵, salvedad hecha de la salvaguarda del orden público del Estado de ejecución.
- ii. Distinto es que sea un tribunal de un tercer Estado –donde se domicilia la filial- el que juzgue el caso (cuestión que queda fuera de nuestro objeto principal de estudio según se ha explicado).

En esta situación, como ha ocurrido en el caso Chevron-Texaco con la sentencia obtenida en Ecuador que pretendía ejecutarse en EE.UU. – y posteriormente en Canadá⁷⁶ - porque es allí donde

⁷⁵ Materia que podría contemplarse en el Tratado que en materia de derechos humanos y empresas está elaborándose en Naciones Unidas. El grupo de trabajo intergubernamental para la elaboración de un tratado vinculante en materia de derechos humanos y empresas fue establecido por una Resolución del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/26/L.22) el 26 de junio de 2014 con el objetivo de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las corporaciones transnacionales y otras empresas respecto de los derechos humanos. Las reuniones de trabajo se están celebrando en este mes de julio de 2015 en Suiza. Información actualizada al respecto en: <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty> [Consulta: 6/7/2015]. También podría hacerse referencia en el proyecto de Tratado sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones universal que prepara la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Vid., Preliminary Document n°7 A, January 2015- Ongoing work on Judgments – Choice of Court Convention and the Judgments Project, p. 4, disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd07a_en.pdf [Consulta: 6/7/2015].

⁷⁶ M. REQUEJO ISIDRO, “Aguinda v. Texaco en la fase de exequátur: análisis del primer tropiezo”, *Dereito*, vol. 22, Noviembre 2013, pp. 581-597.

existen bienes de la empresa ejecutables, sí puede ser muy relevante el reconocimiento de la sentencia ya que, sin éste, no podrá existir justicia efectiva. En la misma línea que en el punto anterior, cabe pensar en un Convenio internacional que en materia de derechos humanos y medio ambiente, privilegiara el reconocimiento de las sentencias y permitiera, siempre que la matriz hubiera sido responsabilizada o existiese sobre ella una obligación como garante del pago de la deuda de su filial, su ejecución en territorio europeo. Esta medida bien podría enmarcarse en los Planes Nacionales de Empresas y Derechos Humanos que se están tramitando con el fin de implementar a nivel nacional de manera efectiva los Principios Rectores de las Naciones Unidas de Empresas y Derechos Humanos (cit. *supra*)⁷⁷.

En este segundo supuesto, los problemas técnicos asociados al reconocimiento de sentencias, que pueden suponer retrasos –o negación- en la obtención de las reparaciones y que, en materia de medio ambiente, pueden ser muy perjudiciales, no son distintos de los que pueden plantearse en otras materias y que ya han sido abundantemente tratados por la doctrina. Al no existir una norma supraestatal de la UE que se refiera al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en terceros Estados, el análisis nos remite a las normas nacionales de cada sistema de Derecho internacional privado, en este caso, el español. *A priori*, de nuevo, una eventual solución a los problemas antes mencionados nos remitiría a un posible acuerdo internacional que, con base en la importancia de los

⁷⁷ Así, el Gobierno de España, al igual que otros gobiernos europeos, partiendo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia renovada de la Unión Europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas” Bruselas, 25.10.2011, COM(2011) 681 final en la que se insta a los Estados miembros a desarrollar un plan de implementación de los Principios Rectores, ha elaborado un Plan Nacional cuyo borrador disponible tiene fecha del 26 de julio de 2014. También se basa en el Plan de Acción de la Unión Europea para los derechos humanos y la democracia, aprobado por el Consejo de 25 de Junio de 2012 cuya medida 25 c) solicita a todos los Estados miembros que elaboren los mencionados planes antes de fin de 2013.

valores jurídicos que protegería, agilice y garantice todos los procedimientos de reconocimiento y ejecución.

Por todo ello, sin perjuicio de que éstas pudieran ser objeto de estudio, sobre todo si las reformas en relación al Derecho sustantivo de sociedades llegaran a producirse, hemos preferido privilegiar, junto con el estudio de la determinación de la competencia judicial internacional, el análisis de cuestiones menos clásicas pero vitales para el acceso efectivo a la justicia en caso de daños ambientales causados por empresas de grupos societarios transnacionales, como son las repercusiones procesales de la especial naturaleza y de la pluralidad de bienes e intereses jurídicos afectados ante un daño “ambiental” –en sentido genérico- y la existencia de una pluralidad de afectados que se encuentran en una situación de inferioridad, por los recursos procesales disponibles, frente a los grupos societarios presuntamente responsables de los daños. Todo ello, siempre, en supuestos de tráfico externo que se sitúan bajo el foco de estudio del Derecho internacional privado, disciplina que sirve de guía principal al presente trabajo de investigación, aunque la mirada interdisciplinar e integral que se pretende haga indispensable el tratamiento de otras áreas del Derecho.

4.3. Otras exclusiones.

Hemos excluido de la presente investigación el estudio de la responsabilidad penal, si bien se harán referencias a la misma a lo largo del trabajo por su vinculación con la civil en muchos de los casos estudiados. Igualmente, al adoptarse un enfoque de Derecho privado, se ha excluido el estudio en profundidad del Derecho internacional –principios de protección ambiental, la consideración del derecho al disfrute de un medio ambiente como derecho humano, etc.- y del Derecho administrativo en relación a la prevención de los daños y a la reparación del daño ecológico puro cuyo abordaje desbordaría el objeto de esta tesis. No obstante, el hecho de que el daño ecológico pueda ser considerado también daño civil y, de hecho, así sea y esté siendo planteado en algunos países de nuestro entorno jurídico –vid. *infra* Capítulo 3-, ha hecho necesario el estudio sobre las implicaciones que esta

realidad y que la posible reforma tienen y tendrían en la regulación jurídica el supuesto de hecho de esta investigación.

También se ha excluido el análisis de la resolución de conflictos por vía extrajudicial⁷⁸, que bien podría ser objeto de futuras investigaciones (sobre todo por lo del tribunal arbitral), aunque se harán algunos comentarios en el capítulo II.

Esperamos que el análisis y las valoraciones acerca de los problemas planteados nos permitan realizar algunas propuestas que, tras ser discutidas y mejoradas, puedan configurar un Derecho internacional privado más actualizado, eficiente y ético o justo. Enfatizamos la importancia de este último elemento porque si el Derecho no va unido a la Justicia, en el sentido ético y filosófico del término, no conseguiremos éxitos sociales que faciliten – no por medio de “parches” temporales sino mediante la creación de estructuras más equitativas- la convivencia pacífica en la aldea global que, al fin y al cabo, es la causa y el fin del Derecho: arbitrar los conflictos que surgen inevitablemente por la vida social y, en la medida de lo posible, prevenirlos. “La duda parece estribar en si es realmente el Derecho ese instrumento de búsqueda de paz y convivencia sociales o si el mismo ha quedado reducido simplemente a herramienta de justificación teórica de las decisiones políticas previamente tomadas injustificadamente”⁷⁹.

⁷⁸ El arbitraje internacional es un importante mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En presencia de grupos de sociedades, el arbitraje ha sido principalmente estudiado en cuanto a la responsabilidad de la sociedad dominante y en temas concursales. Vid., H. AGUILAR GRIEDER, La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001; ÍDEM. “Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº2, 2009, pp. 5-29; V. ROLDÁN MARTÍNEZ, “La extensión del arbitraje a terceras partes no signatarias del convenio”, *II Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, disponible en: <http://www.amagdalen.com/articulos/29112012.pdf> [Consulta 12/12/2013]; R.J. CAIVANO, op.cit., 2006.

⁷⁹ X. EZEIZABARRENA, “La tutela jurídica del medio ambiente”, *El hombre y el medio ambiente*, XIV Jornadas Ambientales, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, pp. 91-106, p. 99.

CAPÍTULO I:

CUESTIONES PRELIMINARES.

APROXIMACIÓN A LOS DAÑOS AMBIENTALES Y A LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE GRUPO. LA CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO.

I. Introducción. II. Los daños ambientales y el Derecho internacional privado: la problemática de su calificación jurídica. 2.1. La pluralidad de intereses concurrentes en los llamados genéricamente “daños ambientales”. 2.1.1. Daño ecológico. 2.1.2. Daño al interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable. 2.1.3. Daño a derechos subjetivos individuales. 2.2. El ámbito de aplicación de las normas de Derecho internacional privado ante los daños ambientales y la calificación de la responsabilidad a la que dan lugar. III. Los grupos de sociedades transnacionales. 3.1. Aproximación al concepto de los grupos transnacionales de sociedades. 3.1.1. El contraste entre su papel protagonista en la actividad empresarial internacional y su invisibilidad jurídica. 3.1.2. Las estructuras organizativas y las figuras afines. 3.2. La calificación en el sistema español de Derecho internacional privado. 3.2.1. La calificación del vínculo de dependencia o control. 3.2.2. En Derecho español. La calificación en Derecho material nacional en defecto de norma supraestatal aplicable: hacia una nueva regulación en el Código mercantil español vs. la contenida en el Código de comercio. 3.2.3. Hacia una calificación autónoma de los “grupos de sociedades”. 3.3. El principio de la separación entre las personas jurídicas y el principio de responsabilidad limitada: ¿tiene sentido su aplicación estricta a la realidad de los grupos transnacionales de sociedades en los casos que analizamos? 3.3.1. Estudio de caso: *Akpan vs. Shell*. El deber de diligencia de la empresa matriz. 3.3.1.1. Contexto del caso: el Delta del Níger, la explotación de petróleo y el Grupo Shell. 3.3.1.2. Recorrido del caso *Shell* en los Países Bajos. 3.4. La flexibilización del principio de responsabilidad limitada y del de separación entre personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de los grupos de sociedades. Sus implicaciones en materia de prueba de la legitimación y del nexo causal. 3.4.1. El levantamiento del velo corporativo. 3.4.1.1. El levantamiento del velo en grupos transnacionales de sociedades en supuestos de tráfico externo. La ley aplicable. 3.4.1.2. Su construcción en Derecho español. 3.4.1.3. Críticas al levantamiento del velo. 3.4.2. Presunciones para facilitar la prueba. 3.4.2.1. Presunción de control. 3.4.2.2. Presunción de falta de diligencia. 3.4.3. Responsabilidad a prorrata. 3.4.4 Otras propuestas: la responsabilidad ilimitada y la personificación del grupo. 3.5. Conclusiones y propuestas.

I. Introducción.

Atendiendo a los dos principales obstáculos en el acceso a la justicia civil que, en nuestro supuesto de hecho, queremos abordar en esta tesis, nos parece esencial plantear en un primer término cuestiones de Derecho sustantivo que permitirán realizar un mejor análisis en el ámbito del Derecho internacional privado.

En primer lugar, parece evidente que un cuestionamiento crítico de los foros de competencia debe tener en cuenta un previo estudio del fundamento de sus criterios, lo cual remite al Derecho aplicable y a la conexión jurídica de los hechos con el foro en cuestión. Los grupos transnacionales de sociedades suponen un reto jurídico de primer orden para el Derecho internacional privado, con realidades que superan los esquemas nacionales de conexiones territoriales para plantear vínculos mucho más líquidos con los Estados y sus jurisdicciones. Y esto porque sus dinámicas y heterogéneas formas de organización consiguen, a una velocidad mucho más rápida de aquella con la que el legislador aprehende tales realidades y las concreta en normas, externalizar el riesgo de sus actividades e “internalizar” el beneficio, de manera que graves daños al medio ambiente y a las personas y sus propiedades quedan, en una gran parte de los casos, sin reparación justa ni efectiva, no sólo por la dificultad de acceder a un foro que les proporcione adecuada reparación, sino también por la cantidad de obstáculos procesales y sustantivos que deben enfrentar quienes se encuentran en la posición más débil –considerablemente más débil- de la relación jurídica.

En segundo lugar, desde el punto de vista de los demandantes y de los intereses en juego, varias son las cuestiones previas que deben ser atendidas. En primer lugar, la naturaleza de éstos últimos, ya que los daños ambientales⁸⁰

⁸⁰ “Ambiental” o “medioambiental” serán usados indistintamente, si bien nos parece más correcta la primera, porque la segunda es reiterativa en su sentido, así como lo es “medio ambiente” en lugar de “ambiente”. Así lo señala R. MARTÍN MATEO, Tratado de Derecho Ambiental, vol. I, Trivium, Madrid, 1990, p. 80.

comprenden una pluralidad de intereses diversos cuya sistematización e integración en los ordenamientos jurídicos de países de la UE dista mucho de ser satisfactoria. En parte porque los daños ecológicos permanecen por lo general ajenos a la jurisdicción civil, con los consecuentes obstáculos que eso presenta en casos transnacionales y para la calificación de la pretensión, según la norma de Derecho internacional privado que resulte aplicable. Por otra parte, porque los intereses supraindividuales que están en juego siguen siendo una categoría escurridiza y confusa –de ahí que se haya hablado de intereses difusos y confusos con cierta ironía-, pero cuya regulación es indispensable para dar entrada en la jurisdicción civil muchos supuestos de reparación medioambiental –más allá del daño verificado ya a la propiedad o a la salud de las personas-, siendo una cuestión que, por la frecuente presencia de elementos internacionales en estos supuestos, no es ajena, sino todo lo contrario, a la disciplina que nos ocupa.

La calificación de la pretensión es pues una cuestión fundamental. Pero ésta no siempre dependerá del Derecho interno del Estado del foro, ya que los Reglamentos de la UE principalmente aplicables a nuestro supuesto de mantienen, como veremos, calificaciones autónomas. Lógicamente, de tales calificaciones –tanto las derivadas de las normas supraestatales aplicables como las derivadas del Derecho sustantivo patrio cuando aquéllas no sean aplicables- dependerá que el papel del Derecho internacional privado sea mayor o menor, en particular cuando el reconocimiento de tales intereses y su instrumentación procesal –legitimación, acciones colectivas...- en supuestos de tráfico externo implica directamente a tal disciplina en la búsqueda de soluciones más eficientes⁸¹. Esto, unido a la pluralidad de afectados que usualmente se ven envueltos en estos casos de daños ambientales transnacionales hace que nos parezca esencial abordar el tema de las acciones colectivas en este supuesto concreto y desde la perspectiva del Derecho internacional privado y en especial del Derecho procesal internacional. Para ello, es indispensable el estudio previo de tales categorías jurídicas que posibiliten un cuestionamiento y unas propuestas mejor fundamentadas.

⁸¹ Recordemos que el Derecho procesal está al servicio del Derecho sustantivo, aunque éste sea extranjero, vid. ampliamente en capítulo III.

Así, en este capítulo abordaremos en dos bloques diferenciados estas cuestiones previas de Derecho sustantivo:

- i) En un primer bloque, la concepción de los daños ambientales transnacionales: a qué tipos de daños nos referimos y a su calificación en Derecho internacional privado; el posible papel de la responsabilidad civil frente a los daños ecológicos; la atomización del daño y la pluralidad de demandantes y los principales obstáculos que estas realidades suponen para el acceso a la justicia, en especial la legitimación activa y las acciones colectivas transnacionales a la luz de los principios de protección ambiental que deben informar las regulaciones, tanto en Derecho sustantivo como en Derecho internacional privado y en especial en Derecho procesal internacional.

- ii) En un segundo bloque, abordaremos la categoría de los grupos de sociedades transnacionales, los principios que estructuran su régimen de responsabilidad –en especial, el principio de responsabilidad limitada y el de separación de las personas jurídicas- y los problemas que aquéllos causan en términos de acceso a una justicia efectiva. Plantearemos los mecanismos existentes y posibles que permiten exceptuar la rígida independencia societaria en atención a los intereses protegidos y a las dificultades de prueba que conllevan una negación en la práctica, en no pocos casos, de la posibilidad de obtener justicia.

Porque a la postre, como lúcidamente afirma J.C. FERNÁNDEZ ROZAS respecto del Derecho internacional privado, *no se trata de un saber que pueda emanciparse del carácter mercantil, laboral o civil de la controversia, ni que pueda prescindir de los principios materiales que subyacen a dichas áreas*⁸².

⁸² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Orientaciones...”, op.cit., p. 8. Concretamente, respecto de los grupos de sociedades: “El análisis de los grupos internacionales de sociedades requiere una

Conocerlos, por tanto, es un punto de partida fundamental para analizar los principales obstáculos que en el ámbito del Derecho internacional privado y del Derecho procesal internacional encontramos en este tipo de litigios por daños ambientales causados por grupos de sociedades transnacionales cuando se plantean ante tribunales del país de domicilio de la matriz, estando éste en el territorio de la UE. Muchas de las conclusiones, no obstante, podrían extrapolarse a otros casos similares con algunos matices.

II. Los daños ambientales⁸³ y el Derecho internacional privado: la problemática de su calificación jurídica.

Una cuestión esencial en cualquier supuesto internacional es la calificación que de éste se hace a efectos de aplicar las normas de Derecho internacional privado que determinarán la autoridad competente y el Derecho aplicable al fondo. Por ello, una calificación u otra tiene gran importancia en el resultado final de acceso a la justicia por parte de las víctimas. No obstante, antes de analizar en base a qué normas se calificaría nuestro supuesto de hecho y las consecuencias de tal calificación, consideramos oportuno aproximarnos al Derecho sustantivo español a fin de entender mejor la realidad de los daños ambientales -y poder así fundamentar y criticar mejor las normas a ellos relativas de Derecho internacional privado-, con independencia de que, después, sea el Derecho español el que califique la pretensión o sea otra norma, supraestatal o estatal, la encargada de hacerlo. Y esto así porque la compleja naturaleza de los daños ambientales, en los que concurren variados

orientación inevitablemente interdisciplinar, indispensable para contextualizar correctamente toda conclusión relativa a este objeto de estudio dentro de la globalización del comercio y la economía". Vid., A. BALLESTEROS BARROS, La responsabilidad de la sociedad dominante como administradora de hecho de un grupo de sociedades en Derecho Internacional Privado, Tesis doctoral leída en 2008, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, p. 18, citando a A.L. CALVO CARAVACA, en el Prólogo a la monografía de P. JUÁREZ PÉREZ, Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades, Ed. Comares, Granada, 2000, p. xiii.

⁸³ Nótese que en el trabajo se utilizará este término de manera laxa para hacer referencia tanto a los daños ecológicos puros al bien jurídico ambiente como para referirnos a los daños de origen ambiental que no sean propiamente ecológicos, según se reconozca en cada ordenamiento, para evitar la extensión de enumerar todos los intereses implicados cuando no es necesario por el argumento desarrollado. Cuando quiera precisarse su tratamiento se hará saber de forma expresa.

intereses, derechos y bienes jurídicos lesionados, hacen necesaria su clarificación previa.

Además, el Derecho sustantivo es, a la postre, esencial en el acceso a la justicia. Y no sólo porque eventualmente de él pueda depender una calificación, sino porque de nada servirá que las víctimas consigan acceder al “mejor” tribunal competente si después la ley aplicable al fondo como Derecho sustantivo no recoge los derechos que fundamentan su acción ni da una respuesta efectiva y satisfactoria al supuesto de hecho que nos planteamos: daños transnacionales causados por empresas de grupos societarios con conexión con la UE, verificados en un tercer país de la UE. Y aunque no sea el objeto principal de este trabajo el estudio del Derecho sustantivo, sí consideramos que su comprensión y toma en consideración puede proporcionar una mirada más amplia y crítica en el análisis de las normas de Derecho internacional privado y, también, en la identificación de los principales problemas y propuestas. Porque al fin y al cabo, el Derecho internacional privado, por su propia naturaleza, no puede desvincularse del Derecho material al que debe servir, con la intención de ofrecer respuestas lo más justas y eficaces posibles ante la confluencia de varios ordenamientos jurídicos.

No obstante, no pretendemos hacer un estudio en profundidad del Derecho de la responsabilidad civil y del derecho al “medio ambiente” y el encaje de nuestro supuesto en aquél desde la dogmática jurídica⁸⁴, sino simplemente aproximarnos a la polémica doctrinal y poder dilucidar hasta qué punto o en qué ámbito tiene y debe tener el Derecho internacional privado un papel en la regulación de estos supuestos y, con ello, en la mejora del acceso a la justicia⁸⁵. Comenzamos pues por aproximarnos, como premisa

⁸⁴ Sobre el particular, merece especial atención la magnífica obra para el Derecho suizo de A.S. DUPONT, *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d’atteinte au milieu naturel*, Schulthess, 2005, y, respecto de los daños ecológicos en Derecho español, la tesis doctoral de A. RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Universitat de Girona, 2005, disponible en: <http://www.tesisenxarxa.net/bitstream/handle/10803/7676/targ.pdf?sequence=1> [Consulta: 10/5/2014].

⁸⁵ Sin perder de vista las reflexiones apuntadas en el capítulo introductorio y argumentos como los señalados por M. ANDERSON: “The particular advantage of using tort law in an environmental case is not just that it offers to restore a welfare-maximizing economic rationality, but also that it

metodológica, a la realidad de los daños ambientales para, posteriormente, analizar la cuestión de la calificación en supuestos de Derecho internacional privado que son los que nos ocupan en esta investigación.

2.1. La pluralidad de intereses concurrentes en los llamados genéricamente “daños ambientales”.

Los daños ambientales, en su conceptualización y consecuente tratamiento, han dado lugar a numerosas confusiones⁸⁶, en parte, como bien señala P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, por no distinguirse adecuadamente las diferentes realidades que concurren en lo que comúnmente llamamos “daño ambiental”. Ciertamente, existen diferentes maneras de identificarlos y ninguna de ellas es inocente respecto a las consecuencias jurídicas implícitas en tal categorización. Precisamente por esto, nos hemos inclinado por seguir la clasificación que de ellos realiza, con una brillante claridad expositiva, P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, aunque tal clasificación no pretende, para nosotros, más que servir al fin que nos parece a todas luces defendible en el ámbito de los daños ambientales: su accionabilidad. Que ésta sea lo más amplia y eficiente posible, democrática y coherente con los fines y principios que informan nuestros ordenamientos en materia ambiental. Así, sin

relies upon private parties to initiate legal action that will have a regulatory effect. Private actors may have better information about environmental damage, and be able to bring pressure to bear in cases of state failure. For this reason, many environmental policy analysts have emphasized an enhanced role for individuals and community groups in bringing legal claims, including tort claims, precisely to make environmental management systems both more flexible and more effective”. Vid., “Transnational...”, op.cit., p. 409.

⁸⁶ Confusiones debidas a factores como: la complejidad intrínseca por el carácter y alcance interdisciplinar de las categorías jurídicas implicadas; la relativa novedad del fenómeno de masificación al que responden, que reta la rígida separación entre lo individual y lo colectivo, entre lo público y lo privado, entre lo civil y lo administrativo o penal, etc.; la falta de estudios profundos sobre las realidades a las que hacen referencia con la intención de aprehenderlas y construir una teoría válida y completa sin limitarse a resaltar adjetivos o paliar los “síntomas” en lugar de abordar el problema de fondo; además, cuando se intenta profundizar, escasean los ejemplos que concreten y permitan distinguir bien los conceptos, haciéndolos viables para la práctica y comprensibles para los que deben utilizarlos; por otra parte, a pesar de los esfuerzos del Derecho procesal por su estudio, éste es insuficiente sin una construcción a nivel de Derecho sustantivo rigurosa que lo acompañe, algo aún inexistente; etc. Todo ello ha coadyuvado a que se mezclen términos sin que exista consenso en su utilización, creando confusión sobre el significado de que cada significante. Vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Aranzadi Editorial, 1999, pp. 61-65 y bibliografía allí citada; X. EZEIZABARRENA, “La tutela...”, op.cit., p. 94.

oponernos a la validez de otras clasificaciones, optamos por ésta por ofrecer un campo más amplio a la tutela de los ciudadanos por los daños ambientales.

El “ambiente” se descompone así en numerosas realidades jurídicas afectadas y protegidas ante un atentado al medio natural⁸⁷ y que correlativamente dan lugar al: daño ecológico, daño al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable y daño a derechos subjetivos individuales⁸⁸. La apreciación de responsabilidad civil en estos daños no es una cuestión exenta de debate⁸⁹, como veremos a continuación.

2.1.1. Daños ecológicos.

En primer lugar, tenemos la lesión al medio ambiente en sí, como *bien jurídico* que es objeto de protección específico por el ordenamiento. Este bien jurídico se compone del conjunto de recursos naturales protegidos en cada ordenamiento⁹⁰, y su vulneración da lugar a los llamados *daños ecológicos*⁹¹.

⁸⁷ No pretendemos hacer un estudio en profundidad ni construir una teoría acerca de los mismos, lo cual proporcionaría material suficiente en sí mismo para la elaboración de una tesis doctoral y esto desbordaría claramente nuestros medios y objetivos. No obstante, recurriendo a la doctrina más autorizada en el tema, pretendemos clarificar los conceptos para que el estudio de la instrumentación procesal y de Derecho internacional privado propuesta sea lo más clara y coherente posible, sin olvidar que pretendemos dar respuesta a la problemática que los daños ambientales presentan en relación al acceso a la justicia por parte de los perjudicados en supuestos de tráfico externo, especialmente en lo que concierne en este capítulo a legitimación y acciones colectivas. Vid., estudios sobre estos intereses, que comienzan a tomar relevancia en los años 70, con una clasificación y exposición que destaca por su claridad expositiva y coherencia: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela...*, op.cit.; también: A. GIDI Y E. FERRER (COORD.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*, México D.F., Porrúa, 2ª ed., 2004; A. VIGURI PEREA, *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo: las acciones en defensa de intereses colectivos: análisis comparado del derecho angloamericano*, Comares, Granada, 1997.

⁸⁸ Excluimos nosotros del análisis la cuarta categoría de la que habla el autor, refiriéndose a los daños a otros bienes jurídicos como el patrimonio artístico, histórico y cultural o la ordenación del territorio...que no deben confundirse con el bien “ambiente”. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela...*, op.cit., p. 345.

⁸⁹ Vid., A.S. DUPONT, op.cit., *passim*. J. MONTERO AROCA, “Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en: A. VIGURI PEREA, M.J. ADALID HINAJEROS (Dir.), *VI Conferencias sobre el medio ambiente: Acciones para la preservación del medio ambiente*, Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, Castellón, 2003, p.5, disponible en: <http://www.ces.gva.es/pdf/conferencias/06/conferencia8.pdf> [Consulta: 26/03/2014].

⁹⁰ En nuestro ordenamiento, los daños ecológicos los regula la Ley 26/2007, de 23 de octubre,

Su salvaguarda es un *interés general* y por ello el Estado es directamente responsable de tal tutela. Quizás por esto, el medio ambiente ha sido, desde que comenzó a considerarse en sí mismo merecedor de atención jurídica y en el plano internacional, más propio del Derecho internacional público⁹². De hecho, a pesar de las limitaciones de esta disciplina⁹³, muchos

de Responsabilidad Medioambiental, BOE nº 255, (en adelante, LRM), que instaura un régimen administrativo de responsabilidad ambiental, de carácter objetivo e ilimitado y basado en los principios de prevención y de que "quien contamina paga" pero no uno civil. Los únicos que regula son los daños ecológicos pero no todos los recursos naturales. Así, la LRM, en su artículo 2, considera daño al medio ambiente aquél que produce un efecto adverso significativo en: las especies silvestres y a los hábitat, las aguas superficiales o subterráneas, incluidas las marinas, la ribera del mar y de las rías, el suelo o subsuelo, todos ellos definidos en el mismo art. 2 y en línea con la Directiva 35/2004/CE, que la LRM transpone. (Vid., Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. DOUE nº 143, de 30 de abril de 2004). No obstante, el concepto de medio ambiente natural engloba todos los componentes del medio natural y sus interacciones cuya alteración implica un cambio adverso en la capacidad funcional de los ecosistemas (ya se trate de la destrucción de la capa de ozono, de la extinción de una especie de fauna o flora, etc.) Vid., ampliamente sobre el concepto y sus implicaciones jurídicas, A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 65 y ss.

⁹¹ Los daños "ecológicos puros", que afectan exclusivamente al medio ambiente se distinguen de los "colaterales", que afectan a la salud y/o a los bienes de las personas como consecuencia del daño ecológico. El concepto de daño ecológico fue utilizado por primera vez por M. DESPAX vs. los perjuicios indirectos que son consecuencia de los perjuicios al ambiente. Vid., M. PRIEUR, Droit de l'environnement, 2ª ed., Dalloz, París, 1991, p. 931. Esta concepción está respaldada por un amplio sector de la doctrina. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1200; G. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, "La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente", *La Ley*, núm. 4125, 1996, pp. 1-3. Es una clasificación acogida por la normativa de manera general. Vid. Considerando 24 Reglamento 864/2007; Principio 13 de la Declaración de Río de 1992; Artículo 2 de la LRM, etc.

⁹² En este ámbito, ha sido explícitamente recogido en varias declaraciones de la ONU como la Resolución de la Asamblea General 45/94 donde se puede leer que: "todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar", vid., NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General 45/94, A/RES/45/94, 14 de diciembre de 1990, texto disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r094.htm> [Consulta: 23/3/2015]. También, vid., NACIONES UNIDAS, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo el 16 de junio de 1972, (A/CONF 48/18), Nueva York, 1973, disponible en: <http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf> [Consulta: 22/04/2014], texto de la Declaración, pp. 3-7; Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 junio de 1992, A/CONF.151/26 (disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm> [Consulta: 21/3/2013]); Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, FCCC/INFORMAL/83, texto disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf> [Consulta: 11/4/2014]; el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007, disponible en: <https://dhpedia.wikispaces.com/file/view/Declaraci%C3%B3n+universal+de+derechos+humanos+emergentes.pdf> [Consulta: 21/3/2013]. Aunque se trate de un derecho que no está explícitamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su reconocimiento se deriva fundamentalmente de sus artículos 12 y 13. Vid., Pacto

autores la señalan como el marco idóneo para sancionar los daños ambientales desde una perspectiva internacional⁹⁴, excluyendo los daños tradicionalmente privados, como veremos *infra*.

En general, en el plano nacional, estos daños han sido objeto de tutela del Derecho administrativo⁹⁵ y del Derecho penal⁹⁶ y, en la mayoría de los

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> [Consulta: 23/3/2013].

En el ámbito regional, destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos -artículo 1- (vid., BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979), el Protocolo de San Salvador -artículos 7 (e) y 11- y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos -artículo 24-. Vid., respecto a estos últimos: Protocolo Adicional a La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988, texto en: <http://www.dipublico.org/3521/protocolo-adicional-a-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-%E2%80%9Cprotocolo-de-san-salvador%E2%80%9D/> [Consulta: 22/3/2013] y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de julio de 1981, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297> [Consulta: 25/3/2013].

Sin embargo, pese a esta consideración, aún no ha cristalizado en una norma de Derecho internacional positivo. Vid., A. HERRERO DE LA FUENTE, “La protección internacional del derecho a un medio ambiente sano”, en A. BLANC ALTEMIR (Ed.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 93; H. TORROJA MATEU, “El reconocimiento internacional del derecho al medio ambiente en el ámbito universal” en *Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente*, IVAP ed., Bilbao, 1999, pp. 408-409; L. HUICI Y M.A. ELIZALDE, *Derechos humanos y cambio climático*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Serie Carta de derechos humanos emergentes, nº5, p. 8, 2008. disponible en: http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_05.pdf [Consulta: 27/03/2014]; F. FRANCONI, “International Human Rights in an Environmental Horizon”, *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº1, 2010, pp. 41-55, p. 43.

⁹³ Entre otras, la dependencia de la reparación de la discrecionalidad del Estado, el contenido incierto del principio general de responsabilidad internacional por daño ecológico, la ausencia de reparación estatal que en la práctica verifican estos ilícitos internacionales, la incertidumbre asociada a estos procesos, etc. Vid., A. MARÍN LÓPEZ, *La responsabilidad internacional objetiva y la responsabilidad internacional por riesgo*, Eurolex, Madrid, 1995, pp.80-81; A. KISS Y D. SHELTON, op.cit, p. 363; P.M. DUPY, “L’État et la réparation des dommages catastrophiques”, en: F. FRANCONI Y T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, Londres, 1991, pp. 134 y ss.; H. U. JESSURUM D’OLIVEIRA, “The *Sandoz* Blaze: The Damage and the Public and Private Liabilities”, en: F. FRANCONI Y T. SCOVAZZI (eds.), op.cit., pp. 439-441; A. H. DARRELL; “Killing the Rhine: Immoral but is it illegal?”, *Virginia Journal of International Law*, nº 29, 1989, pp. 421 y ss; G. ESTEBAN DE LA ROSA, op.cit., p. 604; G. PALAO MORENO, op.cit., p. 26, que hace especial hincapié en la importancia de que los intereses particulares no queden subordinados a los estatales.

⁹⁴ Vid., G. PALAO MORENO, op. cit, pp. 19 -21.

⁹⁵ En el seno de la UE, la Directiva 35/2004/CE ha marcado la vía administrativa como principal para la reparación del daño ecológico, aunque no prohíbe la civil como

ordenamientos de Derecho continental, el Derecho civil ha jugado un papel residual ante los daños ambientales⁹⁷, limitándose a aquellos casos de daños individuales a derechos subjetivos como la propiedad, la salud o la vida.

Esta tutela civil del medio ambiente –que en realidad no es del medio ambiente sino de los derechos afectados por los daños a aquél⁹⁸- se remonta al Derecho romano, con la responsabilidad por las “inmisiones inmateriales” en el fundo ajeno⁹⁹. Su evolución a lo largo de la Historia no ha supuesto cambios

complementaria o alternativa. Esta Directiva, traspuesta a los distintos ordenamientos nacionales, ha tenido mucho que ver en que, por lo general –y salvo algunas excepciones que analizaremos en el capítulo III- los daños ecológicos estén sujetos a tutela administrativa, no civil, algo reforzado por el mandato constitucional a los poderes públicos y su vinculación a la noción de interés social. Vid., Directiva 2004/35/CE, pp. 56 -75.

⁹⁶ Vid., arts. 325 y ss. del Código penal sobre los delitos contra el medio ambiente. Respecto a la jurisdicción penal, ésta, como remedio excepcional para los casos más graves - por el principio de intervención mínima del Derecho penal- implica unas exigencias de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia que, sin duda, hacen hartamente complicado para las víctimas (más aún cuando el daño es provocado por una persona jurídica donde se añade, además, la concreción de una persona física que pueda responder penalmente, algo aún más complicado en difusos grupos multinacionales de sociedades) poder no sólo ver satisfecha su pretensión de castigo penal sino también recibir la indemnización por la responsabilidad civil derivada del delito, ya vaya a parar al Estado o al grupo de víctimas; por no hablar de la lentitud y dificultad del proceso. Esto hace, al igual que ocurre en los litigios por vulneraciones de derechos humanos, que la jurisdicción civil sea una vía complementaria, más eficaz y ágil que, si bien no puede ni debe conseguir los mismos fines que la penal –ni la administrativa-, si puede evitar que el causante del daño no responda de ninguna manera y sea la sociedad la que tenga que soportar los efectos perjudiciales de su actividad.

⁹⁷ A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., p. 31; J. EGEA FERNÁNDEZ, “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente” en: AA.VV., J. ESTEVE PARDO (coord.), Derecho del medio ambiente y Administración Local, Civitas, Madrid, 1996, pp. 63-97, p. 72; L. PÉREZ CONEJO, La defensa judicial de los intereses ambientales, Estudio monográfico de la legitimación difusa en el proceso contencioso, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 117, citados por G. YANGUAS MONTERO, El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente, Thomson Civitas, 2006, p.138; MORALES & SANCHO, Manual práctico de responsabilidad civil, Comares, Granada, 1995, p. 649.

⁹⁸ Sin duda sería más clarificador hablar de un “daño a la propiedad por causa ambiental”, o de un “daño a la salud por causa ambiental”, etc., que de un daño ambiental en sí mismo, porque el derecho vulnerado por el que se solicita compensación es la propiedad, la salud, etc., no el derecho al medio ambiente. No ocurre lo mismo, claro está, en lo que a daños ecológicos puros se refiere.

⁹⁹ El *inmitere in alienum* aparece ligado a las relaciones de vecindad en textos de Ulpiano, Alfeno y Aristón. Vid., M. PEÑA CHACÓN, Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª ed., agosto 2006, Costa Rica, p. 20 y bibliografía allí citada. Disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf [Consulta: 26/03/2014]. No obstante, se trata de una protección jurídica a derechos o bienes jurídicos tradicionales e individuales; por excelencia, la propiedad. Vid., C. CARRASCO GARCÍA, “Res communes omnium: ¿categoría jurídica del Derecho romano con vigencia en la actualidad?”, *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, año 3, nº35, 2011, pp. 19-36.

notorios, con escasas variaciones acerca de la carga de la prueba, de la existencia de ánimo de dañar, del uso normal del derecho de propiedad o de los límites de tolerancia permitidos, siempre circunscritas a las relaciones de vecindad.

No obstante, la realidad de los daños ambientales es hoy, en la era post-industrial, abismalmente diferente a aquélla que contemplaban los romanos y, sin duda, más compleja y con un indudable carácter colectivo o social. El riesgo del uso de tecnologías no controlables en todos sus aspectos, la magnitud y gravedad de las catástrofes ambientales que pueden implicar con facilidad a varios países y tienen multitud de afectados más o menos directos¹⁰⁰, la frecuencia de los daños ambientales por la actividad industrial y sus repercusiones negativas en la vida, salud, propiedad y calidad de vida general de muchas personas en el mundo, etc., han cambiado radicalmente el paisaje de dichos daños y con ellos, los retos jurídicos se han transformado.

Quizás por ello, en algunos países de la UE –no en España- el Derecho civil sí tiene un papel en la regulación de los daños ecológicos y del interés supraindividual que puede verse afectado. Las preguntas, en relación a estos daños, son pues variadas: ¿debería la jurisdicción civil tener un papel en estos daños?¹⁰¹, ¿cómo podría justificarse tal papel si no existe una víctima

¹⁰⁰ Vid., M. CAPPELLETTI, “La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 27, nº3, Juillet-Septembre, 1975, pp. 571-597, p. 572.

¹⁰¹ No existe acuerdo en la doctrina. Para ver el planteamiento de la polémica y bibliografía sobre los distintos posicionamientos, A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 31-74; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, La reparación de los daños al medio ambiente, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 39 y ss.; en Derecho francés, que ha presentado recientemente una propuesta en este sentido, vid., M.P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, “Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement”, en: AA.VV., Pour une droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin, ed. Frison Roche, 2013, pp. 105-129. La autora defiende claramente la posibilidad de incluir el daño ecológico en el Código Civil partiendo de su consideración como cosa de todos vs. *res nullius*. Volveremos sobre el tema en el capítulo III. En cualquier caso no hay que olvidar que de contemplarse el daño ecológico como responsabilidad civil en Derecho español, esto no tendría mayor relevancia salvo que éste fuera el Derecho aplicable al fondo del asunto.

individual?, ¿quién podría y debería solicitar su tutela?¹⁰², ¿...los ciudadanos, las asociaciones o el Estado a través de su Ministerio Fiscal? Y, en caso de que se lograra una indemnización –siendo imposible la reparación en especie-, ¿a quién corresponde el monto o cómo gestionar la reparación? ¿Cómo, si no forman parte de la tutela civil, se regulan los daños transnacionales? En un plano más práctico, también podemos preguntarnos la viabilidad o utilidad de la posible acción civil porque, ¿qué incentivo tendría un particular en iniciar un proceso judicial en beneficio del “interés medio ambiente” si no va a obtener ninguna compensación pero sí tendrá que hacer frente al coste y al esfuerzo del litigio? Y es que bajo los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, para que ésta exista debe existir un daño; pero éste no puede existir en abstracto sino en relación a una persona que lo padece.

Por ello, según este esquema tradicional, sin víctima no hay daño, aunque, fuera de la dogmática jurídica, observando la realidad, parece evidente que siempre que existen daños individuales por algún daño ambiental previo se verifica también una alteración del medio ambiente en sí misma¹⁰³, por pequeña que sea, y que ésta nos afecta –directa o indirectamente- a todos por el carácter global e interconectado del ambiente y sus repercusiones sobre la calidad de vida humana¹⁰⁴. Y esto, con la base normativa del art. 45 y 24 CE y

¹⁰² Y es que no resulta conveniente resignarse a la paradoja que presentan los daños ecológicos: “como nos afectan a todos, nadie está más legitimado que otro para reclamar y, como no pueden reclamar todos, nadie puede reclamar”. Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, *op.cit.*, pp. 80 y 622; citando en el mismo sentido a: B. JONES, “Deterring, Compensating and Remediating Environmental Damage”, en: P. WETTERSTEIN (ED.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 13 y 14; T. HARDMAN RAIS, *Compensation for Environmental Damage under International Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011 p. 20; T. MORAIS LEITAO, *Civil liability for environmental damage: a comparative survey of harmonised European legislation*, Florence, European University Institute, 1995, pp. 128-129.

¹⁰³ Compartimos con G. YANGUAS MONTERO, que defender una separación total entre las agresiones al medio ambiente y los daños privados está totalmente desvinculado de la realidad. Vid., *El daño...*, *op.cit.*, p.139.

¹⁰⁴ Innecesario parece tener que probar esta afirmación, ya que hoy nadie niega la interconexión del medio ambiente y su notable deterioro en el último siglo, algo que nos perjudica a todos. Piénsese en las crecientes alergias, casos de cáncer de piel por el deterioro de la capa de ozono, pérdida de biodiversidad, deforestación y su efecto en la calidad del aire, calentamiento global, problemas respiratorios por contaminación, etc.

del art. 7.3 Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁵, fundamenta, a nuestro criterio, la existencia de un interés supraindividual en el disfrute del medio ambiente, directamente accionable, que analizamos a continuación y que, en verdad, es al que apuntan muchos de los argumentos que se ofrecían a favor de considerar la legitimación de particulares en casos de daños ecológicos puros, debate que si bien merece también la atención, presenta un fundamento diferente por la propia configuración del bien/interés protegido.

No obstante, aunque parece que la protección del bien jurídico ambiente en cuanto tal corresponde naturalmente al ámbito del Derecho administrativo, su tutela y las posibilidades de legitimación nos llevan a tenerlo en cuenta en el presente trabajo. En primer lugar porque la calificación de tales daños que hacen las normas supraestatales de Derecho internacional privado pueden dirigirnos a instrumentos propios de Derecho internacional privado aunque la calificación del supuesto en Derecho interno sea bien diferente. En segundo lugar, queremos considerarlos para ver cómo avanzar hacia una mejor reparación de tales daños, evitando que sean socializados, haciendo “pagar” por ello a las propias víctimas (a través de impuestos o sufriendo los efectos perjudiciales –evidentes– del deterioro ambiental). Los motivos sobre la posible consideración de estos daños por la jurisdicción civil –como ocurre en algunos ordenamientos extranjeros– o bien sobre los cambios que, en materia de legitimación y acciones colectivas, podrían servir a los principios de protección medioambiental que ha hecho suyos el Derecho de la UE¹⁰⁶, serán abordados en el capítulo III.

¹⁰⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial Publicado en BOE de 02 de Julio de 1985. En adelante, LOPJ. Ha sido recientemente modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE nº174, de 22 de julio de 2015), que entrará en vigor el 1 de octubre de 2015. Nos iremos refiriendo a los cambios que ésta introduce cuando corresponda.

¹⁰⁶ En el ámbito de la UE y que por tanto también deben ser respetados a nivel interno por sus EE.MM.: principios de cautela y acción preventiva, de lograr una protección adecuada corrección de los atentados medioambientales en la fuente misma, de “quien contamina paga”, de integración de las exigencias de protección medioambiental en la definición y realización de las políticas de la UE. Vid., ampliamente sobre el particular en: B. LOZANO CUTANDA Y A. LAGO CANDEIRA, “El derecho ambiental de la Unión Europea” en: B. LOZANO CUTANDA (DIR.), Tratado de Derecho ambiental, CEF, Madrid, 2014, pp. 124 y ss. Nos parece especialmente interesante recordar que deben estos principios servir de *parámetro para interpretar o enjuiciar las disposiciones y actos* en el marco de la UE. En relación al Derecho internacional privado y a las normas de competencia judicial internacional, de manera específica, las cuales deben ser analizadas en relación a los principios, tomados como directrices interpretativas, vid., P.

Una de las cuestiones principales, como veremos, será la consideración crítica del papel exclusivo del Estado en su tutela, que se encuentra con limitaciones evidentes: pensemos en los posibles conflictos de interés en caso de industrias participadas o incluso propiedad de la Administración¹⁰⁷; en que en muchas ocasiones es el mismo órgano que decide el que debe revisar la decisión recurrida¹⁰⁸; pensemos también en su inactividad o ineficiencia¹⁰⁹, en

MOSCOSO RESTOVIC, Competencia..., op.cit., pp. 119-153. Esta autora incluye, como principios directamente relacionados con la determinación de la competencia judicial internacional los siguientes: a) *Principio garante de la tutela judicial efectiva*, directamente relacionado con el Principio nº10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y con la Convención de Aarhus, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, de 25 de junio de 1998, y con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otras referencias; b) *Principio de soberanía sobre los recursos naturales y responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o zonas fuera de la jurisdicción nacional*, en relación a los Principios nº 2 y 21 de la Declaración de la ONU sobre el Medio Humano, Estocolmo, 1972 y con el Principio nº2 de la Declaración de Río. c) Principio de cooperación internacional en materia ambiental, en relación a los Principios nº24 de la Declaración de Estocolmo y nº27 de la Declaración de Río y con el art. 74 de la Carta de la ONU; d) *Principio de cooperación internacional en materia de jurisdicción*. Con especial atención a los objetivos de la UE en materia de jurisdicción (previsibilidad y seguridad jurídica, libre circulación de resoluciones, prevención de procedimientos paralelos y resoluciones inconciliables y confianza recíproca en la administración de justicia en la UE); e) *“Quien contamina paga”*, en relación al Principio nº 16 de Río y expresamente recogido en el art. 191.2 del Tratado Constitutivo de la UE. f) Principio de la responsabilidad común pero diferenciada de los Estados, vinculado al Principio nº 7 de Río y al nº 27 de Estocolmo, especialmente importantes en nuestro supuesto de hecho. Igualmente, nos parece interesante no perder de vista el principio *favor laesi* que el Derecho de la UE reconoce y que ha vinculado en algunas ocasiones explícitas (como en el Reglamento 864/2007) a los daños ambientales. Vid., IBÍDEM, “Principio favor laesi...”, op.cit., p. 581; J. JUSTE RUIZ Y M. CASTILLO DAUDÍ, La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-28 y pp. 46-60. Deben sin duda estos principios estar presentes en los análisis, valoraciones o propuestas que se realicen a lo largo de este trabajo.

¹⁰⁷ Según el Informe sobre las Inversiones en el Mundo, 2014, elaborado por la UNCTAD, las ETN (empresas transnacionales) “de propiedad estatal son pesos pesados de la IED. La UNCTAD calcula que hay al menos 550 ETN de propiedad estatal –de países desarrollados y en desarrollo– con más de 15.000 filiales en el extranjero y activos fuera de sus fronteras por valor de más de 2 billones de dólares. La IED de esas ETN ascendió a más de 160.000 millones de dólares en 2013. A ese nivel, y aunque en número no representan siquiera el 1% de todas las ETN, son responsables de más del 11% de los flujos mundiales de IED”. Vid., CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (UNCTAD), Informe sobre las Inversiones en el Mundo, Panorama General, 2014, p. viii, disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf [Consulta: 21/1/2014]. Por tanto, no es menor el potencial conflicto de intereses que puede darse si la regulación de la responsabilidad, sobre todo en casos transnacionales, de deja exclusivamente sujeto a regímenes de responsabilidad administrativa.

¹⁰⁸ Vid., K. RELVE, “Standing of NGOs in relation to Environmental Matters in Estonia”, *Jurídica Internacional*, XI, 2006, pp. 166-168. Disponible en: http://www.juridicainternacional.eu/public/pdf/ji_2006_1_166.pdf [Consulta: 20/10/2014].

la frecuente falta de eficacia extraterritorial de los actos administrativos, algo esencial en este tipo de supuestos en los que la concurrencia de elementos internacionales es muy habitual o en la dificultad de este cuerpo normativo para conseguir –a través de sanciones y autorizaciones- reparaciones justas y rápidas o prevenir el daño, a la vista de los numerosos casos en los que éste se ha mostrado deficitario¹¹⁰, si bien su papel también es importante y valioso en el asunto de los daños ambientales.

Así, la decisión de reclamar a una empresa por daños al medio ambiente no debería, desde nuestro punto de vista y como fundamentaremos en el capítulo III, condicionarse a la actuación de la Administración, sino extenderse a los particulares que, a través de organizaciones de probado interés en el medio ambiente o mediante grupos organizados, pudieran plantear reclamaciones civiles cuando el daño no proviene de la Administración¹¹¹ sino de un ente privado. Podría jugar así aquélla un papel complementario, útil y eficaz¹¹² para lograr la reparación o la compensación por el deterioro ambiental y, de camino, añadir incentivos para la diligencia y cuidado empresarial e industrial ante los riesgos ambientales que crean con sus actividades¹¹³.

¹⁰⁹ Significativo es al respecto la valoración que una víctima del accidente de Bhopal: “Whatever little compensation we have received so far is thanks to the struggle that survivors have waged for years...neither the central government, the state government or the companies have given us justice” – H. BEE, Bhopal survivor and activist, Union Carbide Gas Affected Women’s Collective. Amnesty International interview, 30 March 2012. Citado en: AMNISTÍA INTERNACIONAL, Incorporated Justice, 2014, 307 pp., disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/POL30/001/2014/en> [Consulta: 10/7/2014].

¹¹⁰ Empezando por Boliden en Aznalcóllar, vid. *infra*.

¹¹¹ En este caso, la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), ya prevé esta posibilidad en sus artículos 20 a 23, previendo incluso la legitimación de las ONG cuando los actos son imputables a algún organismo público.

¹¹² Algunos autores señalan que al regirse por principios de economía queda garantizada su eficacia. Vid., C. A. COOPER, “The management of international environmental disputes in the context of Canada-United States Relations: A survey and evaluation of techniques and mechanisms”, *Canadian Yearbook of International Law*, 24, 1986, pp. 247-279, p. 271. En esta línea de complementariedad, vid. A.S. DUPONT, op.cit., *passim*.

¹¹³ En la misma línea G. PETITPIERRE cuando afirma que: “la perspective d’être obligé de réparer est pour le débiteur potentiel une incitation à respecter l’environnement tandis que son créancier vient appuyer des autorités parfois débordées ou indolentes”. Vid., G. PETITPIERRE, “Préface”, en: A.S. DUPONT, op.cit., p. vi.

Además, en ocasiones la acción privada puede significar un incentivo para el Estado de cara a exigir responsabilidades internacionales en nombre de sus nacionales a los causantes del daño o bien a otros Estados. De hecho, como señala H. COLLINS¹¹⁴, en la actualidad, el recurso legislativo a una técnica determinada –al Derecho privado en este caso- tiene mucha menos vinculación con la idea de categorizar los distintos intereses públicos y privados o separar las relaciones entre individuos privados de aquéllas en las que interviene el Estado, y mucha más con la elección de una “estrategia regulatoria” que permita alcanzar determinados objetivos como es, en este caso, la protección ambiental.

No hay que olvidar que, en los supuestos de tráfico externo que nos planteamos, las implicaciones tanto de las eventuales modificaciones procesales como de la consideración de estos daños por la jurisdicción civil serían importantes para el Derecho internacional privado¹¹⁵, más aún cuando muchas de las normas tienden a adoptarse a nivel europeo para lograr mayor armonización de legislaciones.

2.1.2. Daños al interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente sano.

En segundo lugar, una afectación al bien jurídico ambiente genera en la práctica totalidad de los casos, una lesión al interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable, lo cual ya hace referencia a una situación jurídico-subjetiva.

El fundamento de la existencia de tal interés, en el ordenamiento español, se encuentra en el art. 7.3 LOPJ, interpretado con el art. 45 CE. El debate acerca de si el art. 45 CE recoge o no un derecho subjetivo ha sido

¹¹⁴ H. COLLINS, “The hybrid quality of European private law”, en: R. BROWNSWORD, H. MICKLITZ, L. NIGLIA & S. WEATHERILL (eds.), *The foundations of European private law*, Hart, 2011, p. 453 y ss.

¹¹⁵ Recuérdese que el Reglamento 864/2007, sobre la determinación de la ley aplicable, incluye en su ámbito de aplicación tanto a los daños ecológicos puros como a los privados colaterales.

extenso y continúa sin cerrarse¹¹⁶. La postura tradicional de considerar tal derecho de “todos” –con la falacia de que eso lo convertía en no accionable por

¹¹⁶ Hasta el momento, tanto la jurisprudencia como la ley, aunque con excepciones, siguen considerando tal derecho no accionable de manera privada por un individuo. El TC ha avalado la imposibilidad de considerar el derecho a un medio ambiente sano como derecho subjetivo en base a la ubicación del art. 45 en el Capítulo III del Título I de la CE, donde se reconocen principios rectores de la vida social y no auténticos derechos subjetivos, pareciendo excluirse además en su redacción la atribución individual de ese derecho. No obstante, existen autores que disienten afirmando la posibilidad de que el derecho al medio ambiente sea considerado un derecho subjetivo, de manera que no haga falta un perjuicio material o inmaterial a la propiedad, salud, intimidad o vida, para que podamos reclamar por ello. Extensa es la controversia doctrinal en cuanto a su consideración como un auténtico derecho subjetivo y fundamental que no abordamos aquí más que bibliográficamente.

En contra de su consideración como derecho subjetivo: L. ORTEGA ÁLVAREZ, “Concepto de medio ambiente” en: L. ORTEGA ÁLVAREZ Y CONSUELO ALONSO GARCÍA (DIR.), Tratado de Derecho Ambiental, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-54, pp. 48 y 49, quien sí se posiciona a favor de su consideración como interés legítimo; F. LÓPEZ MENUDO, “Concepto constitucional de medio ambiente. El reparto competencial”, en: AA.VV., Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública, Estudios de Derecho Judicial nº56, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 13-72, pp. 24 y ss.; B. LOZANO CUTANDA Y A. LAGO CANDEIRA, “La protección constitucional del medio ambiente”, en: B. LOZANO CUTANDA (DIR.), op.cit., pp. 183 y ss.; R. MARTÍN MATEO, Tratado..., op.cit., pp. 143 y ss.; E. MORENO TRUJILLO, La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 82; C. DE MIGUEL PERALES, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, Civitas, Madrid, 1997, p. 289. Parece especialmente interesante la distinción que hace F. SIMÓN YARZA también en contra: “(..) los derechos fundamentales tienen por objeto bienes de titularidad individual (la vida, el domicilio, la libertad individual) cuya tutela posee relevancia pública, mientras que el llamado derecho al medio ambiente incluye bienes de titularidad colectiva (el aire, el agua, el paisaje) cuya tutela posee relevancia individual”. Además asegura que si se reconoce como un derecho subjetivo, de alguna manera se deja en manos de un único individuo (con sus propios intereses y, en muchos casos, poco representativos de los de la colectividad) la gestión de un interés social. Vid., F. SIMÓN YARZA, “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 94, enero-abril 2012, pp. 153-179, pp. 155 y 169. Negando que el art. 45 CE reconozca un derecho subjetivo pero posicionándose a favor de que, partiendo del “mandato a los poderes públicos” que el art. 45 CE impone, aquél pudiera y debiera reconocerse expresamente por el legislador, vid., J. JARÍA I MANZANO, El sistema constitucional de protección del medio ambiente, Institut d’Estudis Atonòmics, Barcelona, 2005, pp. 27 y ss.

A favor: J. JORDANO FRAGA, “El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva”, *Persona y Derecho*, núm. 6, 1996, pp. 121-152, pp. 148 y ss.; D. LOPERENA ROTA, El derecho al medio ambiente adecuado, Madrid, Civitas, 1996, pp. 56-57; J.L. SERRANO MORENO, Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y ecología jurídica, Comares, Granada, 1992, p. 129; F. LÓPEZ RAMÓN, “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, 1997, pp. 347-364, p. 358; M. ALONSO PÉREZ, La lucha contra las intrusiones molestas y nocivas: especial consideración de los medios jurídico-civiles, Recopilación de ponencias y comunicaciones, Consejo General del Poder Judicial, vol. II, Madrid, 1993, pp. 1049-1505, esp., pp. 1470 y ss.; entendido como “derecho social” que puede indirectamente convertirse en un derecho fundamental, vid., J.V. GIMENO SENDRA Y J. GARBERÍ LLOBREGAT, “La protección procesal del medio ambiente”, *Poder Judicial*, nº 37, 1995, pp. 141-158; También: F. DELGADO PIQUERAS, G. ESCOBAR ROCA, R. CANOSA USERA, E. JORDÁ CAPITÁN; A. IBÁÑEZ MACÍAS, citados por F. SIMÓN YARZA en “El llamado...”, op.cit., p. 155. Igualmente, X. EZEIZABARRENA, “La tutela jurídica...”, op.cit., p. 106; con matices, negando su mero carácter de principio programático y afirmando su plena vinculatoriedad y accionabilidad como interés legítimo, y con una amplia reflexión sobre la interpretación del art. 53.3 en relación al 45 CE, vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ,

“nadie”-, deriva obviamente de confundir el derecho al disfrute –que es de todos y *cada uno* - con la titularidad del medio ambiente en sí, que no es, como objeto jurídico de protección, apropiable de manera exclusiva y excluyente.

En nuestra opinión, con independencia de poder considerar que el art. 45 CE consagra un derecho subjetivo al disfrute de un medio ambiente sano, aquél sí puede dar lugar a entender que estamos ante un interés legítimo¹¹⁷. Y éste es, además, supraindividual en tanto que es un “interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien [*el medio ambiente*]¹¹⁸] del que todos ellos disfrutaban simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad”¹¹⁹.

Esto es, se trata de una pluralidad de situaciones jurídico-subjetivas, personales y concretables –en los que cada individuo es portador de un interés legítimo-, pero que no se limita a la agregación de las mismas, sino que, por su trascendencia –al reflejar aspiraciones o necesidades colectivas- y por el carácter no excluyente ni exclusivo¹²⁰ de cada uno de los intereses personales,

La responsabilidad..., op.cit., pp. 190 y ss; a favor de su accionabilidad directa aunque sin pronunciarse directamente sobre su calificación dogmática, L. PÉREZ CORNEJO, La defensa judicial., op.cit., p. 106; L. GOMIS CATALÁ, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante 1996, pp. 342-347. Nos parece especialmente interesante la teoría de J. JORDANO FRAGA sobre el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental, subjetivo, de doble naturaleza individual y colectiva. En cualquier caso, la tendencia es a considerar, cuanto menos, su accionabilidad, de manera positiva.

¹¹⁷ Entendiendo “interés” a estos efectos como la relación o elemento de conexión entre una necesidad humana y el bien que puede satisfacerla y que ha sido considerado por el Derecho como relevante jurídicamente, otorgándole su protección en mayor o menor grado respecto de otros intereses jurídicamente relevantes según la valoración social dominante, por lo general. El “interés legítimo” sería la “situación jurídica material favorable cualificada por una facultad reaccional o impugnatoria que se otorga a su titular en caso de ser aquella lesionada por una actuación antijurídica”. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, La tutela..., op.cit., pp. 53 y 54.

¹¹⁸ Cursiva entre corchetes nuestra.

¹¹⁹ P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en: F. CORDÓN MORENO ET. AL. (COORD.), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Thomson Reuters- Aranzadi, vol. I (arts. 1 a 516), 2ª edición, 2011, p. 199.

¹²⁰ No se produce agotamiento del bien por el goce del bien por la persona o las personas que sobre ellas ostenten tal derecho. Vid., ÍBIDEM, p. 81, nota 54.

se les se ven dotados de una entidad especial y de un tratamiento diferenciado¹²¹. Dentro de esta categoría de intereses supraindividuales y dado precisamente su configuración reaccional, encontramos los intereses difusos – cuando los afectados resultan no ser determinables- y los colectivos – afectados determinados o fácilmente determinables-, si bien el uso de estos términos ha sido confuso y muy diverso en la doctrina¹²².

Es importante diferenciarlo del interés público o general. Mientras que el supraindividual es reaccional, esto es, se manifiesta cuando se produce la lesión –y será difuso o colectivo según el grado de determinación de los afectados¹²³-, el general es el que tiene todo ciudadano por el mero hecho de serlo y que dará lugar al interés en el cumplimiento de la legalidad. Aceptar que el interés a un medio ambiente sano es un interés “difuso”, “interés que a la vez es ajeno y propio, pero siempre común”¹²⁴, implica aceptar que existe un

¹²¹ Nos distanciamos por tanto de las posturas que los consideran bien únicamente como suma ideal de los individuales bien como un único interés no individualizable ni teóricamente. Vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela...*, op.cit., pp. 73 -80.

¹²² Por ejemplo, para A. RUIZ DE APODACA, la protección ambiental se sitúa en el ámbito de los intereses difusos, siendo el colectivo una especie dentro del concepto de interés difuso. Vid. IBÍDEM, en: J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA y A. RUIZ DE APODACA, *Información, participación y justicia en medio ambiente. Comentario sistemático de la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 348. En Derecho comparado, en particular, A. GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 151, México D.F., 2004, pp. 50 y ss.

¹²³ Así, los colectivos son aquéllos con afectados determinados o determinables, permitiendo la extensión de los efectos de la sentencia entre los que existe un vínculo jurídico, ya sea entre ellos o respecto de un tercero que fundamenta el interés común que no es meramente circunstancial; y los difusos, por su parte, son aquéllos con afectados indeterminados sin vínculo jurídico más allá que el circunstancial del caso. Vid., las notas diferenciadoras de A. PELEGRINI GRINOVER, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y los consumidores (La ley brasileña núm. 7347, de 24 de julio de 1985)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1988, 3, pp. 705-724, p. 707; recogidas también por: J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 413. Nótese que el carácter colectivo “no se otorga porque individualmente carezca de relevancia jurídica sino porque su unificación los hace apreciables bajo una óptica diversa, que explica la particular consideración y tutela a ellos reservada por el derecho”. Vid., S. PIRANO, “L’interesse difusso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti”, *Rivista de Diritto Processuale*, nº2, 1979, pp. 202 y ss., p. 217; P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela...*, op.cit., p. 79. Según V. CORTÉS DOMÍNGUEZ Y V. MORENO CATENA, nos encontramos ante intereses colectivos cuando un hecho o acto jurídico afecta al conjunto de ciudadanos o a un grupo de personas no determinado, yendo más allá de una suma de intereses o acciones, aunque sí haya particulares afectados. Op.cit., pp. 93 y ss.

¹²⁴ J. ALMAGRO NOSETE, “Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos” *Revista de Derecho Político*, nº 16, Invierno 1982-1983, pp. 93-107, p. 93, disponible en: <http://e->

interés que puede vulnerarse respecto de un grupo de personas mejor o peor identificable, pero no respecto de “todas” las personas. Si el medio ambiente se considera sólo un interés “social” -esto es, que es de todos, siempre-, no será nunca difuso en tanto que somos “todos” los afectados y, con independencia del mecanismo procesal que se arbitre, sí somos identificables. Por su parte, el “público” es aquél que por su relevancia o trascendencia social es asumido por el Estado como interés tutelable directamente por su importancia para el bienestar general de la población¹²⁵.

En definitiva, a diferencia de lo que ocurre con los atentados al bien jurídico ambiente -al menos hasta la fecha-, la lesión al interés legítimo de todos y cada uno de los ciudadanos en el disfrute de un medio ambiente saludable podría, en teoría, accionarse directamente ante los tribunales por cualquiera que se viera lesionado en él, aunque sin duda, un reconocimiento legislativo en este sentido coadyuvaría a que la práctica jurisprudencial fuera más decidida y diera lugar a menos confusiones. En el caso de que la pretensión del demandante se estimara, como consecuencia de la naturaleza supraindividual del interés, el resultado beneficiaría a los cointerésados mientras que no se afectaría en modo alguno su situación si aquélla es desestimada. Lo que no cabe duda es que, de admitirse tal concepción, como creemos debe hacerse, la vía civil debería estar disponible para la tutela del mismo¹²⁶.

Y es que el concepto de “daño individual” como presupuesto para la responsabilidad civil -creado por los juristas en una época ajena a las nuevas

spacio.uned.es/revistasuned/index.php/derechopolitico/article/download/8201/7852 [Consulta: 3/7/2014];

¹²⁵ Vid. L. GOMIS CATALÁ, *op.cit.*, p. 323.

¹²⁶ Algunos autores, si bien parecen referirse a la misma realidad, hablan del derecho al medio ambiente sano como un derecho individual extrapatrimonial, que implica que “las condiciones de los elementos ambientales, bienes esenciales para la persona en virtud de la naturaleza del interés que a través de los mismos es satisfecho, sean las adecuadas, aptas o idóneas, para su desarrollo. Así, cabe preguntarse si el daño o alteración de estos elementos supone un perjuicio directo sobre la persona (...). En nuestra opinión la respuesta puede y debe ser afirmativa y esa razón nos abre el camino para justificar la facultad de poder solicitar, en tales casos, la correspondiente reparación”. Vid., E. JORDÁ CAPITÁN, *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 383. Opinión compartida, si bien a sabiendas de su poca acogida: N. ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2002, pp. 773-840, especialmente, p. 786.

realidades en las que han aflorado tantos intereses “supraindividuales” a caballo entre lo individual y lo colectivo- no debe ser un dogma sino una categoría jurídica revisable para regular mejor los conflictos que se dan en sociedad¹²⁷. Porque no tiene sentido ser esclavos para siempre y bajo cualquier circunstancia de nociones que nosotros mismos inventamos para solucionar problemas que, el desarrollo de la técnica y de la economía, han modificado¹²⁸, sobre todo cuando la consecuencia de mantener el concepto es que los contaminadores no “paguen” (compensen a la colectividad, reparen en especie...en definitiva, no se lucren con una actividad contaminante mientras la sociedad asume el coste externalizado de la misma), o su pago quede subordinado a la actuación estatal que en no pocas ocasiones es insuficiente, ya sea debido a la sobrecarga de trabajo, a su indolencia, conflicto de interés o insuficiencia de recursos, viéndose vulnerado el derecho de los ciudadanos de acceder a una tutela judicial efectiva.

Sin duda, “los nuevos derechos que están en juego¹²⁹ no pueden protegerse a través del sistema clásico –tradicional- de dos partes, donde cada uno busca solucionar su problema particular: es necesario concebir tutelas adecuadas para que los titulares de tales intereses difusos –por ahora poco organizados- puedan estar en pie de igualdad con su contraparte, centros de poder político-económico”¹³⁰. Y en esto, el Derecho de la responsabilidad civil tiene mucho que decir. Como bien afirma G. PETITPIERRE: “L’histoire montre que

¹²⁷ Opinión compartida por numerosos autores. Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, op. cit., p. 41 y bibliografía allí citada.

¹²⁸ Y es que, sin menospreciar el papel de la dogmática jurídica en la construcción y aplicación del Derecho, es necesario revisar –superar- su caracterización por el hecho de establecer con frecuencia prohibiciones de negar premisas iniciales, de por sí arbitrarias, por considerarse superiores y exentas a cualquier crítica y por ello ajenas a una investigación crítica, independiente, que pueda ir más allá de esos presupuestos puramente ideológicos, y superar así “el pasado” para atender las nuevas realidades y expectativas sociales. Vid., M. ATIENZA RODRÍGUEZ, “El futuro de la dogmática jurídica: a propósito de N. Luhmann”, *El Basilisco: Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura*, nº 10, mayo-octubre 1980, pp. 63-69. Disponible en: <http://fgbueno.es/bas/pdf/bas11008.pdf> [Consulta: 3/4/2014].

¹²⁹ Piénsese no sólo en medio ambiente sino en otros intereses colectivos como la cultura, la calidad y fiabilidad del consumo, la publicidad ética, etc.

¹³⁰ N. CAFFERATTA, “Daño ambiental Jurisprudencia”, *Revista jurídica La Ley*, año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

les valeurs reconnues comme fondamentales ont toujours été les premières et les mieux protégées par des règles de la responsabilité civile dans les différents ordres juridiques du passé: l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété...ont été armées de droit subjectif absolus. À mesure que l'environnement prend à son tour une place prépondérante dans l'ordre de nos valeurs, se pose parallèlement la question de la responsabilité de ceux qui y portant atteinte"¹³¹.

Otra cuestión será cómo hacerlo. Arbitrar mecanismos que garanticen la seguridad jurídica y a la vez sean ágiles y efectivos no parece sencillo. Y no sólo por los siempre presentes condicionantes económicos y políticos, sino por la misma configuración y fundamento del sistema de responsabilidad civil que desde hace siglos recoge nuestro Derecho que hace necesario replantearse numerosas instituciones. Entre otras, la legitimación, el cauce procesal, la prueba del nexo causal, el carácter resarcitorio de la pretensión civil y su encaje con la dificultad de reparar el medio dañado, la valoración económica del daño y la frecuente imposibilidad de reparar, etc.

Concretamente, en el capítulo III abordaremos la instrumentación de la acción colectiva, de la legitimación y del fin/uso de la eventual indemnización para que tales mecanismos sean justos y eficaces y sirvan a la conservación del medio ambiente y no a intereses espurios. Pero no debe rechazarse simplemente por la dificultad¹³² o novedad de los medios, si bien estas dudas

¹³¹ G. PETITPIERRE, "Préface", en: A.S. DUPONT, op.cit., p. vii.

¹³² Contra la posible consideración de estos daños en vía civil se han alegado diversos problemas, todos ellos salvables y no suficientes para negar tal posibilidad. Entre otros: 1) La *imposibilidad de la reparación*. En muchos casos no será posible "reparar" el medio ambiente para recuperar su situación primigenia y, esto hace, según sus detractores, que no tenga sentido hablar de responsabilidad civil. Basta pensar en los daños al honor, a la intimidad, en los daños a la salud, etc. para ponerlo en duda. Ciertamente es que en muchas ocasiones será imposible la reparación en especie del daño ambiental al estado previo, pero sí podría invertirse el dinero de la indemnización en recursos naturales que compensen, de alguna manera, con un "efecto equivalente" el daño causado. Esto es, la indemnización no se discute como "compensación" pecuniaria y en ningún caso iría a parar a bolsillos particulares, como veremos en el capítulo III. Por ejemplo: si se contaminaron las aguas de un río, a limpiarlas y a repoblar la fauna y la flora del mismo aunque no sea con las mismas especies por imposibilidad de "restitución" (pagando el agente contaminador tanto la mano de obra como los recursos necesarios: especies, maquinaria, etc.). 2) La *difícil valoración del daño*, que puede llevar a reclamaciones extralimitadas, entre otras cosas. En este caso, todos los miedos expuestos por la doctrina –falta de precedentes jurisprudenciales, posibles abusos, etc. – son los mismos que

son, en atención al panorama y los debates doctrinales, compartidas también en el ámbito europeo y están íntimamente conectadas al Derecho internacional privado. Como sugiere H. MUIR WATT, “cross-border aggregate redress challenges the geography of the territorial State, the nature and functions of private law, and the focus on individual relationships which lies at the very heart of dominant thinking in this field. Fitting a collective perspective into this model can therefore be seen as an interesting opportunity to revise some of the basic tenants of private international law”¹³³.

2.1.3. Daño a derechos subjetivos.

Si bien de manera imprecisa, a nuestro juicio, pero muy frecuentemente, se han identificado estos daños con el “daño ambiental” -sujeto a tutela privada del ordenamiento civil-, es importante precisar que no se trata de daños ambientales propiamente puesto que el bien jurídico que se protege no es el ambiente sino otros derechos subjetivos como la propiedad o la salud. Por tanto, sin negar su efecto indirecto sobre la protección ambiental y su evidente interrelación, lo cierto es que una posible acción de reparación en este sentido no tiene su causa en el perjuicio al derecho a un medio ambiente saludable ni en el daño al bien jurídico medio ambiente sino en el daño, patrimonial o extrapatrimonial, causado a otros bienes jurídicos distintos al medio ambiente.

Por ejemplo, una afección de la salud por beber agua contaminada o la pérdida de los cultivos por la contaminación de la tierra. El papel del Derecho

en su momento se objetaron ante la indemnización por daños morales o no patrimoniales. Hoy en día ya nadie cuestiona la existencia de éstos y poco a poco se han ido arbitrando criterios jurisprudenciales que generan mayor seguridad jurídica y responden más adecuadamente a los mismos, algo que –por qué no- también cabría esperar del supuesto que estudiamos, sin descartar posibles fórmulas de valoración establecidas en las normas y doctrina que faciliten su aplicación o estimación judicial. 3) *Problemas en determinar la causalidad y la imputación* de la responsabilidad al demandado, sobre todo cuando éste es un grupo transnacional. En este sentido, son muchas las herramientas que pueden aminorar estas dificultades teniendo en cuenta el reparto de poderes entre las partes que suelen enfrentarse en este tipo de litigios: inversión o reparto de la carga de la prueba, presunciones, facilitar el acceso a información, responsabilidad objetiva, etc.

¹³³ H. MUIR WATT, “The trouble with cross-border collective redress”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 122.

civil en estos atentados a la propiedad, a la salud, a la calidad de vida... es indiscutible. Y con ello también la necesidad de intervención del Derecho internacional privado en los casos transnacionales que nos ocupan.

Por encajar en un esquema individual, de derecho subjetivo clásico, la tutela referida a los intereses individuales lesionados (propiedad o salud) de manera muchas veces concurrente a la agresión al ambiente es la que presenta menores problemas en términos de acceso a la justicia. No obstante, los daños a una pluralidad de afectados, algo frecuente ante catástrofes ambientales, da como resultado multitud de pequeños daños, atomizados, dispersados geográfica y físicamente, cuya configuración sí plantea retos en el acceso a la justicia en términos de acciones colectivas y, especialmente, acciones colectivas transnacionales.

En este caso, los principales obstáculos serán procesales y de Derecho internacional privado, no tanto de Derecho de responsabilidad civil al aplicarse éste al fondo. Sí parece claro que es función –complementaria, pero necesaria– de la jurisdicción civil conocer de dichos daños para lograr reparaciones o compensaciones efectivas¹³⁴. La calificación de estos daños como directos o indirectos tiene no pocas implicaciones importantes a la hora de obtener una tutela judicial efectiva en litigios con un elemento internacional, como veremos a lo largo del trabajo. Por otra parte, se nos plantean los siguientes interrogantes, comunes a cualquier cuestión de responsabilidad civil con una pluralidad de afectados: ¿Cómo dar cauces para que una colectividad de afectados pueda reclamar en juicio? ¿Qué ocurriría con los efectos de la sentencia? ¿Podrían estar legitimadas las ONG¹³⁵ ambientales en su

¹³⁴ En España es mayoritaria la aceptación de la responsabilidad civil para reparaciones en casos de daños ambientales. En cuanto a la jurisprudencia, destacan las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 diciembre 1980 [RJ 1980\4747] y de 3 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9176]. Vid., G. PALAO MORENO, op.cit., p. 23 y bibliografía allí citada.

¹³⁵ Sobre qué se entiende por ONG, requisitos, tipos y relación con el Convenio de Aarhus, con un amplio análisis, vid., A. GARCÍA URETA, “Aspectos sobre el Acceso a la Justicia en el Convenio de Aarhus y su incidencia sobre el Derecho comunitario”, Ponencia presentada en el INAP en el seminario titulado Derecho al conocimiento y acceso a la información en las políticas de medio ambiente, celebrado del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 2004, pp. 63-88. Disponible en: <http://www.eitelkartea.com/dokumentuak/3.kapitulua4.pdf> [Consulta: 22/10/2014].

representación así como ocurre en los procesos de defensa de consumidores y usuarios con sus asociaciones respectivas aun cuando el daño no se impute a la Administración sino a un ente privado¹³⁶?

En caso de daños transnacionales causados por grupos de sociedades internacionales, la cuestión se complica aún más, dado el aparente desequilibrio de las partes en el proceso, como veremos *infra*. En este sentido, se trata de revisar y mejorar los medios para conseguir el fin de la reparación por la vía civil, no cuestionada en sí misma¹³⁷.

Concluyendo, en el ámbito del Derecho interno, tenemos tres categorías de daños a intereses o derechos que confluyen frecuentemente ante un atentado medioambiental: el daño a los derechos tradicionalmente protegibles en la jurisdicción civil, el daño al interés supraindividual que es perfectamente protegible en el ámbito civil desde nuestro punto de vista pero que aún no es considerado en general por la jurisprudencia y sobre el que no existe consenso y, por último, el daño ecológico al recurso natural en sí, ante el cual muy pocos ordenamientos reconocen el papel del Derecho civil como tutela del mismo.

Tal división, que adoptamos, recordamos, de P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, recuerda en mucho a la calificación del “derecho a un medio ambiente sano” de

¹³⁶ Algo esencial si tenemos en cuenta que no es el Estado la principal fuente de contaminación ambiental. Vid., STEDH 8 julio 2003, as. *Hatton y otros vs. Reino Unido*, app. n° 36022/97, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61188> [Consulta: 25/11/2014]. Opinión disidente conjunta de los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupancik y Steiner, núm. 6; H. DELLMAN, “Zur Problematik eines “Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt”, Die Öffentliche Verwaltung, 1974, p. 591. Citado en: F. SIMÓN YARZA en “El llamado...”, op.cit., p. 156. Vid., ampliamente, en el capítulo III.

¹³⁷ Esto no significa que esté carente de desventajas. G. PALAO MORENO cita varias: 1. Que no permite un control permanente de las actividades dañosas porque no están involucrados los organismos públicos; que responde exclusivamente a intereses individuales y no es preventivo; los obstáculos procesales como la identificación de los responsables, la prueba del nexo de causalidad, etc.. Vid. G. PALAO MORENO, op.cit., p. 24 y ss, y bibliografía allí citada. Respecto a las dos primeras, podemos decir que esto sólo habla de su papel complementario a otras áreas del Derecho. Respecto a la última, que dichas cuestiones bien pueden adaptarse para responder mejor a la realidad de los daños ambientales como veremos a lo largo del trabajo.

A.S. DUPONT para el Derecho suizo como un “interés”¹³⁸ con una triple vertiente, individual, colectiva y pública, lo cual justifica desde el primer nivel (el individual) el papel de la jurisdicción civil como complementaria de las otras. Esto es, confluyen: 1) Individual, “dans la mesure où chaque citoyen a un intérêt à vivre dans un environnement équilibré, afin de préserver sa santé et, d’une manière général, sa qualité de vie”. 2) Colectivo : “dans la mesure où il correspond à l’intérêt commun d’un groupe de personnes qui se voient réunis par une communauté de sort”. 3) Público : “Dans la mesure où la préservation de l’environnement est une tâche suffisamment importante et lourde pour justifier et même rendre indispensable l’intervention étatique.”

Nos ocuparemos principalmente de los dos primeros, si bien la perspectiva comparatista y la necesaria consideración de los Derechos nacionales en el marco de la UE para poder arbitrar normas supraestatales institucionales, nos obliga a hacer algunas referencias a los daños ecológicos puros que, por otra parte, como veremos a continuación, son incluidos como parte de la “materia civil” en los Reglamentos de la UE en materia de Derecho internacional privado.

2.2. El ámbito de aplicación de las normas de Derecho internacional privado ante los daños ambientales y la calificación de la responsabilidad a la que dan lugar.

El Derecho internacional privado tiene por *finalidad procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas*¹³⁹ lo cual implica, en su concepción más clásica, determinar qué autoridad judicial es competente, cuál es la ley aplicable al fondo del asunto y cómo se realizará el reconocimiento de la resolución que se obtenga del proceso en aquellas situaciones jurídico-

¹³⁸ Vid. A.S. DUPONT, op.cit., p.59. La autora dedica su magnífica obra a la fundamentación del papel de la responsabilidad civil en caso de daños ecológicos que tienen esa triple dimensión individual, grupal y pública.

¹³⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Introducción al Derecho internacional privado” en: A. RODRÍGUEZ BENOT (DIR.) ET AL, Manual de Derecho internacional privado, Tecnos, Madrid, 2014, p. 17.

privadas en las que concurre algún elemento internacional. Esto nos lleva a referirnos en primer lugar al carácter internacional del supuesto de estudio; en este caso, por tanto, nos situamos ante daños transfronterizos y/o transnacionales¹⁴⁰.

Tras haber presentado la pluralidad de intereses concurrentes y las distintas tutelas a las que están sometidos, la primera pregunta que nos asalta es: ¿tiene un papel el Derecho internacional privado en todos los daños ambientales en los que concurra algún elemento internacional?

La calificación de una determinada pretensión procesal se lleva a cabo, según la doctrina ius-privatista más autorizada, por el sistema de Derecho internacional privado de la autoridad competente. Si existiera una norma supraestatal aplicable, ésta se aplicaría en primer lugar y, si no es así, la *lex fori*, de producción interna, calificaría en última instancia la pretensión del caso. Esto es, el hecho de que una determinada pretensión sea considerada de responsabilidad civil, extracontractual o contractual, dependerá del ordenamiento del Estado del foro, si bien una vez determinada la calificación a efectos de fijar la competencia judicial internacional, su solución material dependerá del Derecho aplicable para tal categoría jurídica al fondo del asunto, pudiendo resultar aquél un Derecho extranjero y pudiendo ocurrir que lo que afectos de determinar la competencia judicial internacional resultaba ser “responsabilidad civil”, ya no lo es en base al Derecho aplicable al fondo, que lo puede considerar “responsabilidad administrativa”.

En el sistema español de Derecho internacional privado, en ausencia de una norma jurídica supraestatal convencional que defina el tipo de pretensión y la cualidad del daño para determinar la competencia judicial internacional¹⁴¹, aplicaremos, en el ámbito de la UE en el que nos situamos, los Reglamentos – en este caso, el 1215/2012 para la determinación de la competencia judicial

¹⁴⁰ Vid., sobre su distinción, capítulo introductorio, p. 38, nota 35.

¹⁴¹ En el ámbito convencional, los convenios aplicables en España relativos a daños ambientales son específicos para daños concretos que, además, excluyen los daños ecológicos de su ámbito de aplicación.

internacional y el 864/2007 para la determinación de la ley aplicable al fondo -, que recogen categorías *autónomas*, sin que sea necesario ni posible referirse a los Derechos internos a tal fin. En virtud de esta calificación, ¿es siempre y en todo caso un daño ambiental generador de la responsabilidad civil a la cual se aplica el Reglamento? Esto es, en base a las tres categorías antes descritas, ¿podrían considerarse éstas “materia civil” y “obligaciones extracontractuales”?

Adelantando lo que será abordado con mayor detalle en el capítulo II, podemos apuntar respecto a la competencia judicial internacional que, en efecto, el amplio concepto que el Reglamento 1215/2012 y la jurisprudencia de desarrollo del TJUE mantienen de la materia civil, hace que cualquier supuesto de daño ambiental en el que se solicite una reparación o compensación, incluso aunque sea el Estado el solicitante o se trate de daños ecológicos¹⁴², podría encajar dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, ya que se aplica con independencia del orden jurisdiccional que conozca del asunto¹⁴³.

Sin embargo, pese a su amplio ámbito de aplicación, no siempre se aplicará el Reglamento 1215/2012 para determinar la competencia judicial internacional. De hecho, en nuestro supuesto de estudio, será probable que, ante la presencia de demandados no domiciliados, se apliquen normas estatales de competencia residual para determinar la competencia judicial internacional. En este caso, ¿cómo se calificará la pretensión? La doctrina más autorizada nos remite, como dijimos, a la *ley del foro*¹⁴⁴.

Por tanto, de plantearse el litigio en España, la cuestión de la calificación podría, sin duda, ser determinante: si se considera que el daño da lugar a responsabilidad administrativa, no se aplicarían las normas civiles de la LOPJ – las previstas para la responsabilidad extracontractual- y, dado el actual régimen de la LRM unido al art. 24 LOPJ, resulta difícil –por no decir imposible- pensar

¹⁴² Véase al respecto, sobre el caso Boliden, en el capítulo II, pp. 281 y ss. También, sobre la *vis atractiva* del ordenamiento civil y una interpretación en este sentido en materia ambiental, vid., N. ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental...”, op.cit., pp. 832-833.

¹⁴³ Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I, op.cit., p. 181.

¹⁴⁴ Vid., IBÍDEM, pp. 146-147.

que un procedimiento administrativo pudiera prosperar en España cuando se trata de daños extraterritoriales causados por sociedades, como veremos en el capítulo III. El resultado podría ser totalmente distinto –en caso de que el demandado no estuviera domiciliado en territorio de la UE y por tanto se aplicasen las normas de competencia residual- si el país en el que se iniciase el litigio es otro país de la UE, como Portugal o, si se aprobase la reforma prevista sobre la responsabilidad civil por daños ecológicos, Francia¹⁴⁵. Esto hace que se incremente la desigualdad en el acceso a la justicia en el seno del pretendido uniforme y eficiente Espacio Judicial Europeo.

Por otra parte, llama la atención la calificación autónoma específica que del daño ambiental hace el Reglamento 864/2007¹⁴⁶, y sus diferencias con la Directiva 35/2004/CE en cuanto a su consideración como generador de responsabilidad civil. Para el primero, como vimos *supra*, a efectos de determinar la aplicación del Reglamento –que se refiere a “obligaciones extracontractuales”- , se incluyen tanto los daños ecológicos (que el Reglamento llama “medioambientales”¹⁴⁷) como los privados. De esta forma, la norma específica que determina el Derecho aplicable afirma:

“La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”.

¹⁴⁵ Todo esto se verá claramente a propósito del estudio de la legitimación en el capítulo III, en el que profundizaremos en su tratamiento en Derecho comparado.

¹⁴⁶ Vid., Considerando 11. Nótese que no se realizará de la misma manera la calificación para la determinación de la competencia judicial internacional que para la determinación de la ley aplicable. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. I, op.cit., p. 148.

¹⁴⁷ Según el Considerando 24: “Por «daño medioambiental» debe entenderse el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos”. Hace referencia así a los daños ecológicos.

La formulación del artículo parece afirmar que un daño medioambiental da lugar a una obligación extracontractual, ya que si no se habría distinguido explícitamente entre los daños ecológicos y los tradicionalmente privados (“sufridos por personas...”). Esto, si bien en su ámbito de aplicación se excluyen las materias administrativas, debe entenderse, a nuestro juicio, como una aceptación del daño ecológico en el ámbito de aplicación del Reglamento y por tanto de las obligaciones extracontractuales, salvo que el Reglamento no resulte aplicable por cuestiones personales, espaciales o temporales. Esto es, salvo en este caso, tanto las reclamaciones por daños ecológicos como las relativas a los daños privados nos llevarían a la aplicación de los Reglamentos de la UE en materia de competencia judicial internacional y de ley aplicable.

Ahora bien, no se entiende por qué se incluyen en el Reglamento los daños ecológicos en tanto que el régimen de la Directiva para éstos es exclusivamente administrativo (aunque no prohíba, eso sí es cierto, una vía civil alternativa que quedaría al arbitrio de los Estados Miembros).

La inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de los daños ecológicos no significará, no obstante, que finalmente la pretensión y el Derecho que se aplique sea civil, cuestión que dependerá del ordenamiento elegido al fin –en virtud del art. 7 del Reglamento 864/2007- para regular el fondo del asunto de entre los posibles-.

¿Qué obstáculos supone esto para el acceso a la justicia? En relación a la calificación, apreciamos varias cuestiones¹⁴⁸:

1. Puede suponer dilación, confusión y frustración en el acceso a la justicia que, una vez presentada la demanda en el Estado miembro en el que se domicilia la matriz, aceptada la competencia judicial internacional en

¹⁴⁸ Nótese que aquí planteamos sólo el supuesto de que la matriz esté domiciliada en un país de la UE y la filial no, siendo el daño extraterritorial. El resto de hipótesis –excepto la de que las dos sociedades estuvieran domiciliadas en la UE- nos parecen prácticamente improbables en la práctica y de laboratorio ya que, manteniendo que el daño es extraterritorial, la escasa probabilidad de éxito desalentará cualquier demanda dirigida exclusivamente contra un demandado no domiciliado o contra un demandado de otro Estado miembro.

base al art. 4 Reglamento 1215/2012 y, respecto de la filial de un tercer Estado en base a una norma de producción interna, y una vez elegido el Derecho del lugar del hecho generador como regulador del asunto en virtud del art. 7 del Reglamento 864/2007, el juez, aplicando el Derecho elegido, encuentre que se trata de una pretensión administrativa y, dadas las escasas previsiones para daños extraterritoriales, aquélla quede desestimada en la parte relativa a los daños ecológicos, algo que podría evitarse bien aclarando desde el comienzo un régimen distinto de competencia judicial internacional bien mejorando las previsiones administrativas o bien contemplando la posibilidad de la vía civil para tales daños, como abordaremos en profundidad en el capítulo III. Esto tendrá implicaciones esenciales en la legitimación y en la posibilidad de plantear acciones colectivas.

2. Como será frecuente en estos casos, el recurso a normas de producción interna para la determinación de la competencia judicial internacional (sobre todo en presencia de filiales no domiciliadas o para acogerse a un foro de necesidad), la concurrencia de ambas normas –el Reglamento y la norma interna de competencia residual- en la calificación de la pretensión puede dar lugar a contradicciones. Entendemos que, respecto de la matriz (se aplicaría el Reglamento 1215/2012 en tanto que domiciliada), todas las pretensiones podrían entenderse comprendidas dentro de la materia civil mientras que, dependiendo del Estado de la UE en el que se presente la demanda, puede que la pretensión respecto de la filial –que será frecuentemente similar-, se considere civil o administrativa en atención a la ley del foro. Y, precisamente por la Directiva 35/2004/CE, traspuesta a los EE.MM, generalmente se tenderá a considerar pretensión administrativa la relativa a los daños ecológicos, sin que por tanto el análisis de los foros de competencia que haremos en el capítulo III tenga interés alguno. Además, esto podrá generar diversidad de procedimientos (civiles para unos daños y administrativos para otros) y que distintos países conozcan de los mismos hechos y daños, ya que las leyes que trasponen la Directiva adolecen, por lo general, de ausencia de

previsiones para daños extraterritoriales, más aún si se trata de daños transnacionales, por la propia configuración del interés –o más bien falta de interés- del Estado que conoce del pleito respecto de un daño verificado íntegramente en un tercer Estado.

Todo ello genera, también, desigualdades que pueden ser injustas e ineficientes para la consecución de los objetivos del Espacio Judicial Europeo.

Consideramos que, a la vista de esta complejidad y concurrencia de concepciones acerca de los perjuicios “ambientales” y de las responsabilidades que de ellos emanan, sólo con una visión global de la realidad a la que hacemos frente y con una respuesta integrada por parte de las distintas áreas de conocimiento y del mayor número de Estados, podremos ofrecer una respuesta satisfactoria al gran reto que los daños ambientales plantean a nuestra sociedad. No obstante, sin ignorar esta necesidad de transdisciplinariedad, de globalidad, ni el importante papel de otras ramas del Derecho como la penal o la administrativa -y dado que sería inabarcable un trabajo de tales dimensiones-, la presente investigación se centrará en abordar las posibles aportaciones del Derecho internacional privado¹⁴⁹ y el Derecho procesal internacional en especial, que se ven directamente afectados en los casos de daños medioambientales transnacionales, con la esperanza de que se pueda facilitar a los ciudadanos afectados el acceso a la justicia y hacer a ésta más ágil y eficaz¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sin duda, el Derecho de daños y el Derecho internacional privado forman un tándem clave que debe ser especialmente considerado por los juristas en una sociedad mundial con intensa circulación de bienes, servicios, personas, capitales, etc. Vid., J.C. SEUBA TORREBLANCA, “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la propuesta de Reglamento Roma II”, *Indret*, núm. 269, 1/2005, febrero 2005, p.3. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/269_es.pdf [Consulta: 3/4/2014]. Asimismo, en una defensa del importante papel que tiene el Derecho internacional privado en estos daños a intereses difusos, vid. D. CORAPI, “Class actions and collective actions” en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 3-14, p. 4.

¹⁵⁰ Algo necesario ante la ausencia de una normativa uniforme en la materia y teniendo en cuenta la complejidad de la realidad objeto de regulación, tanto en lo procesal como en lo sustantivo, todo lo cual implica un alto grado de imprevisibilidad e ineficiencia. Sobre la recomendación de esta vía privada para daños ambientales con origen internacional vid. A. KISS Y D. SHELTON, *International Environmental Law*, Transnational Publishers y Graham &

III. Los grupos de sociedades transnacionales.

3.1. Aproximación al concepto de los grupos de sociedades transnacionales.

3.1.1. El contraste entre su papel protagonista en la actividad empresarial internacional y su invisibilidad jurídica.

La globalización ha traído consigo una fuerte deslocalización de las empresas y una creciente actividad económica transnacional en un panorama en el que las formas de organización y actividad empresarial avanzan mucho más rápido que su regulación jurídica. Si bien los grupos societarios llevan tiempo existiendo¹⁵¹, su papel en las últimas décadas del siglo XX y en el siglo XXI ha pasado a ser clave en la realidad política, económica y también social, por su capacidad de impacto en el nivel de bienestar de la población mundial y por su poder y difusión¹⁵².

Trotman, Nueva York y Londres 1991, p. 363; R. MULDOON, D.A. SRIVEN Y J.M. OLSON, *Cross-Border Litigation. Environmental Rights in the Great Lakes Ecosystem*, Carswell, Toronto, 1986, p. 2.

¹⁵¹ Según algunos autores, incluso se remontan a la Antigüedad. Vid., C.D. WALLACE, *The Multinational Enterprises and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2002, pp.13 y ss.; P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, Oxford, 1999; citados por O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas Multinacionales y derechos humanos en Derecho internacional*, Bosch ed., 2008, p. 38; M. EROGLU, *Multinational Enterprises...*, op.cit., pp. 23 -35 y pp. 45 -60 sobre la evolución histórica de la estructura de la multinacional. No obstante, lo general en la doctrina es considerar el inicio de la empresa multinacional tal y como hoy la entendemos en el siglo XIX. Vid., R. CALDUCH, "Los actores transnacionales (II): Las empresas multinacionales", en: *Relaciones internacionales*, Ed. Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, disponible online en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/lib1cap12.pdf> [Consulta: 21/1/2015], especialmente vid. pp. 1 y 2. Según R.J. CAIVANO, los grupos de sociedades se desarrollan durante el siglo XX, fruto de la estrategia e innovación organizacional de las empresas como respuesta a nuevas necesidades y oportunidades que ofrecía la internacionalización. Se caracterizan, fundamentalmente, por la descomposición de la empresa en una pluralidad de sociedades independientes jurídicamente, bajo una dirección unificada. (R.J. CAIVANO, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", *Lima Arbitration*, nº1, 2006, disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf [Consulta 12/12/2013]). Sobre este fenómeno, vid. F. GALGANO, "Los grupos societarios", *Revista Foro de Derecho Mercantil*, nº 1, octubre-diciembre de 2003, Editorial Legis, Bogotá, 2003, p. 7 y ss.

¹⁵² Sobre datos y análisis acerca de la difusión de los grupos societarios y su poder en: J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades...*, op.cit., pp. 58-63 y bibliografía allí citada.

Con todo ello, pareciera que la regulación de su actividad y de su aparente *invisibilidad jurídico-institucional* debería ser considerada más urgente que nunca. Es curioso que, pese a la trayectoria y relevancia de estos conglomerados empresariales, su regulación jurídica sea tan difusa, laxa e insuficiente, sobre todo en lo relativo a su responsabilidad¹⁵³. Así, “aunque en principio cada filial de una sociedad transnacional está sujeta a las reglamentaciones del país de implementación, la sociedad transnacional en sí no es enteramente responsable ante ningún país. Esto es evidente cuando la sociedad transnacional se sustrae a las responsabilidades que le incumben con respecto a las actividades de sus filiales. El campo de actividad mundial de las sociedades transnacionales no se corresponde con un sistema mundial coherente de responsabilidad de tales sociedades”¹⁵⁴.

Según el Informe sobre inversiones en el mundo, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 2009, “en la actualidad existen unas 82.000 ETN [*empresas transnacionales*¹⁵⁵] en todo el mundo, con 810.000 filiales extranjeras. Esas empresas desempeñan una función cada vez más importante en la economía mundial. Por ejemplo, se estima que las exportaciones de las filiales extranjeras de las ETN representan la tercera parte de todas las exportaciones mundiales de bienes y servicios, y el número de personas empleadas por ellas en todo el mundo ascendía a un

¹⁵³ Así: “Le droit des sociétés, basé sur l’autonomie des personnes morales, est aujourd’hui décalé par rapport à la réalité économique, qui est dans le monde des grandes entreprises une réalité de groupe où la question de l’autonomie des filiales est plus un choix de management qu’une donnée qui s’impose, et où la contrainte juridique de cette autonomie se satisfait souvent d’un respect purement formel des pouvoirs des organes sociaux”. Vid., J.P. HUGON & P. LUBEK, Rapport d’expertise et de propositions sur le dispositif juridique et financier relatif aux sites et sols pollués, Paris, Avril 2000, p. 51, disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004001319/0000.pdf> [Consulta: 4/4/2015].

¹⁵⁴ Informe del Secretario General, Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: “Consecuencias de las actividades y métodos de trabajo de las sociedades transnacionales sobre el pleno ejercicio de todos los derechos del hombre, en particular los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, habida cuenta de las directivas, reglas y normas internacionales existentes en esta materia”, (E/CN.4/Sub2/1996/12), párrafo 72º. Citado en: D. LÓPEZ, La responsabilidad laboral de las empresas multinacionales, Oxfam, Santiago de Chile, 2008, p. 9, disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/contenido/distancia/integracion/modulo-3-empresas-multinacionales.pdf> [Consulta: 13/1/2015].

¹⁵⁵ Cursiva nuestra.

total de 77 millones en 2008, más del doble que la totalidad de la mano de obra de Alemania¹⁵⁶. En el mismo informe del año 2011, se añadía que la producción mundial de las ETN del mundo entero generó un valor añadido de aproximadamente 16 billones de dólares en 2010, esto es, alrededor de la cuarta parte del producto interno bruto (PIB) mundial¹⁵⁷.

La razón económica que se encuentra detrás de la elección –y por tanto proliferación y éxito- de esta forma de organización empresarial¹⁵⁸ es, obviamente, la maximización del beneficio al conseguir fragmentar y externalizar el riesgo sirviéndose de los principios de responsabilidad limitada e independencia entre personas jurídicas que están en la base del Derecho societario y que permiten que, por ejemplo, ante una catástrofe ambiental en un país empobrecido provocada por una filial de un grupo que se dedica a la extracción y comercialización de petróleo –vid., *Shell* en Nigeria-, el coste del riesgo de tal actividad lo asuman los perjudicados por los vertidos y, a la postre, la sociedad nigeriana, mientras que el beneficio puede repatriarse con éxito al país de domicilio de la matriz. Se aprovechan, pues, de la *división del mundo en Estados y de la limitación de su soberanía territorial para extraer el*

¹⁵⁶ CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO, Informe sobre las Inversiones en el Mundo – Panorama General, año 2009, p.11, disponible en: http://unctad.org/es/Docs/wir2009overview_sp.pdf [Consulta: 20/1/2015]. No se han encontrado datos más actualizados al respecto en informes posteriores.

¹⁵⁷ CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO, Informe sobre las Inversiones en el Mundo – Panorama General, año 2011, p. viii, disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2011overview_es.pdf [Consulta: 20/1/2015]. Sobre el rol en la economía mundial de los grupos de sociedades multinacionales, vid., M. ANDERSON, “Transnational Corporations...”, op.cit., pp. 400 y ss.; vid., también, información no actualizada pero completa en: S. ANDERSON & J. CAVANAGH, *Top 200: The Rise of Corporate Global Power*, Institute for Policy Studies, 2000, disponible en: <http://s3.amazonaws.com/corppwatch.org/downloads/top200.pdf> [Consulta: 12/4/2015]. Según J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, las empresas transnacionales representan dos tercios del comercio mundial. Vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización...”, op.cit., p. 27.

¹⁵⁸ Vid., entre otros, J. CANALS, *La internacionalización de la empresa*, McGraw-Hill, Madrid, 1994; A. ARAYA LEANDRO, “El proceso de internacionalización de empresas”, *TEC empresarial*, vol. 3, ed. 3, 2009, pp. 18-25, especialmente, pp. 19-22, y amplia bibliografía allí citada. Sobre las ventajas financieras, jurídicas, económicas y políticas de la constitución de un grupo societario, vid., J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades...*, op.cit., pp. 58-63 y bibliografía allí citada; IBIDEM, *Liability of corporate groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pp. 64 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización...”, op.cit., pp. 27 y ss., haciendo especial referencia a las economías de escala con las que los agentes económicos de ámbito nacional no pueden competir.

*máximo beneficio*¹⁵⁹.

Sin embargo, pese a la potencialidad de los daños y a la relevancia de sus actores, no existen normas supranacionales vinculantes que regulen o definan de manera homogénea la realidad de los grupos societarios transnacionales. En Derecho español y en Derecho europeo existe una regulación parcelada y sectorial, según la rama del ordenamiento jurídico que se vea afectada y sin que podamos tener una calificación aplicable a todas ellas, mucho menos a nivel supranacional. De hecho, la disparidad, según el país y según la rama del Derecho implicada, es notable. Y es que, tal vez, la heterogeneidad –tanto legal como organizativa- de los grupos de sociedades dificulta la importante tarea de hacer *jurídicamente visible* al grupo, concretando un régimen jurídico que, sensible a tal diversidad, no postergue por más tiempo la regulación de su funcionamiento y el régimen de responsabilidad que cabe atribuir en las relaciones intra grupo y frente a terceros, conciliando el principio de separación entre personas jurídicas diversas y el consecuente principio de limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital con la innegable realidad de conexión y control que existe entre ellas y que el Derecho debe reconocer.

El estudio de la información sobre la organización de los grupos societarios –de las relaciones de las empresas matrices respecto de sus filiales-, que hemos probado poco o nada accesible y confusa en la mayoría de las web institucionales (e informes anuales) consultados, es suficiente para concluir, cuanto menos, la relevancia, complejidad y diversidad de relaciones de control que, hoy en día, encontramos en un grupo empresarial transnacional¹⁶⁰, en el que los flujos monetarios circulan con total facilidad en la

¹⁵⁹ F. RIGAUX, “Les sociétés transnationales”, en: M. BEDJAOU, Droit international, bilan et perspectives, Pedone, Paris, 1991, vol.2, pp. 129 y ss., citado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización...”, op.cit., p. 29.

¹⁶⁰ Ver, como ejemplo, la cantidad de filiales del grupo Nestlé y el porcentaje de acciones por parte de la sociedad matriz ubicada en Suiza en el Informe Anual del Grupo Nestlé, 2013, disponible en: http://www.nestle.com/asset-library/Documents/Library/Documents/Annual_Reports/2013-Annual-Report-EN.pdf [Consulta: 15/1/2015]. Complejidad constatada en numerosos estudios y sobre la cual hace un análisis completo, incluyendo diagramas explicativos de las formas organizacionales: M. EROGLU, Multinational Enterprises..., op.cit., pp. 45-69; J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os grupos..., op. cit., pp. 71 y ss.

búsqueda del régimen jurídico más favorable, mientras que las responsabilidades por los riesgos asumidos para conseguir un beneficio que en gran parte o en su totalidad no beneficiará al país de producción, son asumidos por ese país de destino y por los acreedores “involuntarios”.

Esto es: se exporta el riesgo, se importa el beneficio y se evita la responsabilidad en una gran parte de los casos, porque mientras que sus negocios y sus estructuras son *globales*, con un peso específico de primer orden en la economía internacional¹⁶¹, no lo son las normas que las regulan y que establecen su responsabilidad, sin que ni siquiera existan normas nacionales vinculantes de aplicación extraterritorial que hagan frente a otro concepto no territorial de lo nacional¹⁶², que respondan al deber de los Estados de velar por la actuación extraterritorial de las empresas en ellos domiciliadas¹⁶³. Describe muy acertadamente esta problemática M. ANDERSON: “The home state is unlikely to regulate the parent company because the environmental damage is not on its territory, even though any accrual of profits to the parent will occur on its territory. On the other hand the host state is

¹⁶¹ Es común en la literatura su consideración como actores globales con capacidad de influencia en el bienestar de cada individuo mediante su poder de decisión en la esfera política porque, en muchos de estos casos de grandes sociedades transnacionales, sus patrimonios y el ámbito en el que se desarrollan su actividad, las hace más poderosas que los actores estatales, influyendo en la política económica y en la reglamentación jurídica. Huelga decir que se trata de una realidad profundamente antidemocrática. Vid., entre otros, S.R. RATNER: “Corporations and human rights: a theory of legal responsibility”, *Yale Law Journal*, n° 111, 2002, pp. 443-545, p. 462. También, A. NELSEN, “Shell lobbied to undermine EU renewables targets, documents reveal”, *The Guardian*, 27 April 2015, disponible en: <http://www.theguardian.com/environment/2015/apr/27/shell-lobbied-to-undermine-eu-renewables-targets-documents-reveal> [Consulta: 5/5/2015].

¹⁶² Vid., M. ANDERSON, “Transnational Corporations...”, op.cit., pp. 399-425, p. 400: “As multinational account for an ever-growing percentage of world economy activity, the challenge for the enforcement of effective environmental standards is in part to mobilize national law to address the trans-national activities of corporate groups”.

¹⁶³ Vid. el desarrollo de los Principios Rectores de Naciones Unidas, en especial el Pilar I, principio fundacional (2), p. 4: Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades. Texto íntegro en español disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 20/2/2015]. Es probable que sea el miedo a que la regulación de la actividad extraterritorial de las empresas suponga perjuicios económicos para el país, más que los diferentes “argumentos” jurídicos, el que ha propiciado el fracaso de las distintas iniciativas en este sentido (Bélgica, 1999; Australia, 2000; Reino Unido, 2003; entre otras). Vid., M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones...*, op.cit., p. 113.

frequently unwilling or unable to exercise effective regulation due to low administrative capacity, fear of driving away foreign investment or collusion with the MNC”¹⁶⁴.

Es esencial realizar por tanto una aproximación al concepto de “grupos de sociedades” como cuestión previa al análisis de la responsabilidad de las empresas del grupo y antes de estudiar las normas de determinación de la autoridad competente en Derecho internacional privado, ya que necesitamos no sólo aprehender la naturaleza de los grupos societarios transnacionales para poder comprender los obstáculos en el acceso a la justicia que aquéllos suponen sino, también, “calificar” la realidad a la que hacemos referencia en el supuesto de hecho, partiendo de la constatación de que no existe una definición uniforme ni un tratamiento homogéneo en Derecho comparado de los grupos de sociedades transnacionales.

Para ello, partiendo de las dos notas características de los grupos societarios, a saber, la *independencia jurídica* entre las sociedades que lo conforman ¹⁶⁵ y la *subordinación a una dirección unitaria y común*, esbozaremos el tratamiento que reciben en Derecho español y, teniendo en cuenta las conceptualizaciones que encontramos en textos de organismos internacionales, en estudios doctrinales o en Derecho comparado, nos aproximaremos a una calificación autónoma que nos pueda servir de referencia para el análisis posterior. No obstante, antes de analizar nuestro Derecho interno, abordaremos someramente el análisis de la estructura organizativa de los grupos y sus diferencias con otras figuras afines, algo que será esencial a efectos de determinar la responsabilidad legal de estas empresas y la comunicación de aquella a otras sociedades del grupo, así como fundamentar posibles normas en Derecho internacional privado y Derecho procesal

¹⁶⁴ M. ANDERSON, “Transnational Corporations...”, op.cit., p. 409.

¹⁶⁵ Esta característica los diferencia de otras realidades de concentración empresarial como son la fusión o la absorción –donde se pierde la individualidad jurídica de alguna o todas sus sociedades miembros- y de aquellas en las que no existe independencia jurídica desde el principio, como la sucursal o *branch*. Vid., J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos de Sociedades..., op.cit., p.54.

internacional. Y esto así porque nos permitirá diferenciar el tipo de entidad y su vinculación jurídica y económica con la matriz, orientarnos en el estudio posterior de Derecho internacional privado y del Derecho procesal internacional y en la elaboración de eventuales propuestas que resulten fácilmente aplicables, cercanas a la realidad empresarial y viables jurídicamente.

3.1.2. Las estructuras organizativas y las figuras afines.

El análisis de las relaciones de dependencia intra-grupo es clave para saber, en primer lugar, si estamos ante sociedades filiales puramente nominales o si aquéllas son independientes y por tanto determinar los foros de competencia –que no son los mismos en cada caso-; en segundo lugar, para poder justificar la conexidad de las acciones o probar las relaciones de causalidad que fundamentan la acción en caso de que la normativa que esté siendo aplicada así lo exija, como veremos *infra*.

En relación a esto, es importante precisar que, dado el insuficiente estado actual de la legislación, cualquier diferencia organizativa del grupo, a la postre, tendrá que subsumirse en alguna de las dos figuras que actualmente son significativas legalmente hablando: la dependencia o la independencia jurídica. Es dentro de la independencia entre las sociedades donde tiene sentido hablar de los indicios que pudieran hacer considerar la dependencia sustantiva de manera que *se levante el velo societario*. Mientras que los establecimientos permanentes o las sucursales son dependientes¹⁶⁶, sin que exista personalidad jurídica propia, las filiales son, siempre y por definición, formalmente independientes, ya que ostentan una personalidad jurídica distinta a la de la matriz. Es en este tipo de organizaciones donde el problema que planteamos en esta investigación se enraíza, ya que si se trata de la misma persona

¹⁶⁶ Vid., sobre las diferencias entre establecimiento permanente y sucursal así como sobre sus características en Derecho español, desde el punto de vista de gestión económica y de identidad jurídica, C. SANCHO, “Contratación y subcontratación internacional. Estructuras societarias internacionales”, *Revista IESE Business School* 12/2012, Occasional Paper -191, IESE Business School, Navarra, 2012, pp. 13 y 14.

jurídica no encontraremos los problemas relativos a la responsabilidad que nos ocupan, definidos *supra*¹⁶⁷.

En cuanto a las distintas modalidades de organización – *U-form, M-form, regionally and functionally divided horizontal organization, networked organizations, etc*¹⁶⁸.- sus repercusiones jurídicas son escasas en el estado actual de legislación. No obstante, cabría preguntarse por el sentido de sistematizar cada tipo de estructura legalmente cuando la creatividad empresarial es de tal magnitud y podrá seguir creando estructuras diferentes a más velocidad de la que el Derecho puede hacerles frente. Nos parece que lo relevante es, al final, la existencia de indicadores que puedan demostrar dependencia, unidad, y el desnivel entre la comunicación de beneficios y la comunicación de riesgos –valorados caso por caso¹⁶⁹-. Por tanto, aunque hoy por hoy sea irrelevante jurídicamente la estructura –ya que siempre se considerarán sociedades independientes salvo que se levante el velo societario-, y a pesar del indudable valor que su conocimiento puede tener a efectos de determinar el grado de comunicación de responsabilidad, no pensamos que la consideración de cierta tipología en una norma positiva pudiera tener sentido dada la complejidad, versatilidad y no necesariamente su paralelismo con el grado de responsabilidad de la matriz –o de otras empresas del grupo- respecto de la actuación de una de ellas.

Ahora bien, existen figuras cuya distinción de lo que en sí es un grupo societario parece esencial¹⁷⁰. En algunos casos la diferencia terminológica

¹⁶⁷ Recuérdese: *¿Puede responder una matriz domiciliada en la UE por un daño medioambiental verificado fuera de la UE directamente asociado a una filial del grupo societario? ¿Cómo se determina la autoridad competente y qué problemas plantea? ¿Cómo evitar un juicio anticipado?* Etc. Abordaremos estas cuestiones en el capítulo II.

¹⁶⁸ Ampliamente estudiadas en: M. EROGLU, *Multinational...*, op.cit., pp. 45- 69.

¹⁶⁹ Ciertamente, el grado de concentración o desconcentración, por ejemplo, puede permitir apreciar mayor o menor grado de responsabilidad. Entre otros muchos, vid., P. GIRARDO PERANDONES, op.cit., p. 22. Vid., sobre las estructuras de grupo y las nociones de dependencia, control y dominación, I. FERNÁNDEZ MARKAIDA, *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001, pp. 165 y ss.

¹⁷⁰ Un estudio detallado de la cuestión en: C. SANCHO, op.cit., pp. 5- 21; J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, op.cit., pp. 84-101 y bibliografía allí citada.

oculta la existencia de un auténtico grupo; en otros, se trata de figuras diferentes que económica y jurídicamente representan realidades distintas.

Quizás los términos más confusos puedan ser las llamadas *empresas multinacionales* y las *joint ventures* o *participación en empresa conjunta*¹⁷¹. En el primer caso, si bien la empresa multinacional surge como una empresa unisocietaria, con una única sociedad que desarrolla su actividad en más de un país mediante divisiones sin personalidad jurídica, esto evolucionó en el siglo XX de manera clara hacia redes plurisocietarias mediante filiales completamente propiedad de la empresa matriz o con propiedad compartida con el gobierno u otra empresa en el país de la filial. Esto es, en la actualidad las llamadas *empresas multinacionales* no son sino auténticos grupos transnacionales de sociedades¹⁷², aunque el término *empresa multinacional* no sea el más correcto desde el punto de vista jurídico –ya que se trata de varias sociedades, no de una sola como parece indicar el singular-, como ya apuntamos *supra*¹⁷³.

En cuanto a las *joint ventures*, debemos distinguir las basadas en un contrato para la cooperación empresarial (*non-equity joint venture*) y las que se forman mediante una participación en el patrimonio empresarial (*equity joint-venture*), bien con el objetivo de realizar algún negocio concreto o para una actividad más amplia y duradera. En este último caso, que puede ser más cercano al grupo, la personalidad jurídica de los socios de la *joint-venture* –que

¹⁷¹ Utilizaremos a partir de ahora el término en inglés porque es el comúnmente utilizado, aunque podría traducirse como “participación en empresa conjunta”, “acuerdo de inversiones conjuntas” o “negocios en participación”.

¹⁷² Vid., A. D. CHANDLER, *Strategy and structure: chapters in the history of the industrial enterprise*, M.I.T. Press, 23º ed., Cambridge (Massachusetts), 2000, p. 170; M. EROGLU, *Multinational...*, op.cit., pp. 45-64; J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, op.cit., p. 98 y bibliografía allí citada (nota 153); C. STAATH & B. WRAY, “Corporations...”, op.cit., p. 77.

¹⁷³ Vid., A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 683; P. GIRARDO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001, p. 221. También favorables a tal término, vid., M.L. ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupo de sociedades*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 41-42. Recuérdese, no obstante, que a modo de sinónimo y por lo comúnmente aceptado del término, sobre todo en la literatura comparada, utilizaremos también el significante “empresas multinacionales” para hacer referencia a un grupo societario transnacional.

tiene personalidad propia- es diferente y por tanto, independiente. Ahora bien, es común que las filiales de los grupos societarios se organicen como *joint-ventures* con socios locales. En estos supuestos, habrá que ver el porcentaje de participación y derechos de voto que tiene cada uno de los socios. Si la empresa matriz del grupo en cuestión tiene más del 51% de los derechos de voto, ya podremos analizar las relaciones de control, dirección unitaria y dependencia entre las sociedades a efectos de responsabilidad, sin que la existencia de una *joint-venture* implique la existencia de un grupo necesariamente. Como vemos, lo relevante, siempre, es la dependencia o independencia que, a la postre, más allá del formalismo de que exista una persona jurídica diferenciada, se basa en la tenencia de acciones y derechos de voto y en la existencia de administradores comunes y políticas comunes que suponen una merma en la independencia de las sociedades que componen el grupo.

Por otra parte, los mecanismos para la concentración o desconcentración empresarial como la fusión o la escisión no implican necesariamente la existencia de un grupo: la *fusión* implica pérdida de personalidad jurídica de al menos una de las sociedades que se fusionan, sin que exista ya independencia jurídica entre ellas, aunque puede darse la fusión dentro de un grupo y que, por la existencia de más sociedades, aquél siga existiendo¹⁷⁴; la escisión, por su parte, da lugar a al menos dos personas jurídicas diferenciadas que antes eran una sola, de manera que en sí la técnica no tiene por qué generar un grupo, aunque pueda ocurrir, sobre todo si los administradores son los mismos y la

¹⁷⁴ También podríamos mencionar aquí la figura del *trust* del *Common Law* o fideicomiso. Vid., C. SANCHO, op.cit., p. 16; A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos..., op.cit., pp. 100 y 101; AA.VV., Le trust en droit international privé: perspectives suisses et étrangères, Actes de la 17ème Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, organisée conjointement par l'Institut suisse de droit comparé et le Centre de droit comparé, droit européen et législations étrangères de la Université de Lausanne, Schulthess, 2005. Sobre el *trust* y el Derecho internacional privado en sistemas de Derecho continental véanse en la doctrina española, entre otros, vid., S. MARTIN SANTISTEBAN, "La regulación de la figura del trust en Europa", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 133-151; M. CHECA MARTÍNEZ, "El trust angloamericano en Derecho español", McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1998, pp. 26-62; M. VIRGÓS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 83 y ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust: la institución anglo-americana y el Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 1997; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español", en: E. ARROYO I AMAYUELAS (DIR.), *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 365-390.

estructura de la propiedad permanece vinculada; el *holding*, que en Derecho español se conoce como *entidad de tenencia de valores extranjeros (ETVE)*¹⁷⁵, no es más que, desde el punto de vista jurídico, una sociedad anónima o una sociedad limitada, y puede ser común que la sociedad matriz de un grupo sea un *holding*, pero no es en sí un grupo societario, aunque su existencia pudiera ser un indicio de su existencia por la dependencia –en cuanto que el objetivo es la dirección económica unitaria-¹⁷⁶. Su existencia no altera el análisis que vamos a hacer respecto de la posible responsabilidad o, previamente, relación de proximidad o dependencia entre empresas que justificase la elección de un determinado foro o la posibilidad de hallar legitimada pasiva a la empresa matriz, siendo ésta un *holding* empresarial.

También se distinguen del grupo las formas de organización empresarial en la que simplemente se coopera, de manera puntual, manteniendo la personalidad jurídica y la independencia cada sociedad (*agrupaciones de*

¹⁷⁵ Definida como una sociedad cuya actividad consiste en la adquisición y el mantenimiento o administración de participaciones en otras compañías y cuyo objeto social comprenda la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales (artículo 107 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE nº 61 de 11 de Marzo de 2004); vid. también, L. LÓPEZ-TELLO Y DÍAZ-AGUADO, "Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros", en: J.J. RUBIO GUERRERO Y M. GUTIÉRREZ LOUSA (dir.), Manual del Impuesto sobre Sociedades, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pp. 1047-1064. Tiene claros beneficios fiscales y en gran parte por ese motivo se han utilizado como herramienta para controlar y canalizar la inversión y minimizar la carga fiscal de los flujos entre las entidades que la conforman. Vid., J. PALACIOS PÉREZ, "Tratamiento fiscal de la Holding", en: T. CORDÓN EZQUERRO ET AL. (dir.), Manual de fiscalidad internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pp. 335-356; F. NEBOT LOZANO, "Las entidades de tenencia de valores extranjeros", Trabajo presentado al VII-A Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2006, disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/04_2007/C_olab_24_07.pdf [Consulta: 2/3/2015].

¹⁷⁶ J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos..., op.cit., p. 90. Entre los grupos de sociedades transnacionales que utilizan las ETVE como instrumento para canalizar su participación en empresas extranjeras, seleccionando la ubicación de sus entidades de gestión (holdings) en países favorables fiscalmente para el dinero recibido de sus operaciones en el resto del mundo, podemos destacar a *Vodafone, Hewlett Packard, American Express, General Mills o ExxonMobile Spain*. Fuente: A. TELLO FERNÁNDEZ, "Los holdings en España a través de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE)", *Legaltoday.com*, 23 octubre 2014, disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscal/los-holdings-en-espana-a-traves-de-las-entidades-de-tenencia-de-valores-extranjeros-etve> [Consulta: 2/3/2015].

*interés económico*¹⁷⁷, *consorcios*, etc.). En principio, en este tipo de redes cooperativas en las que la entidad mediante la cual se arbitra la cooperación no tiene ánimo de lucro y naturaleza societaria, no se sostiene la idea de comunicación de responsabilidad, puesto que, aunque pudiera pensarse en un grupo horizontal, la relación de las sociedades no está basada en la desviación del riesgo. Además, como ya dijimos, nos centramos aquí en los grupos en los que existe una sociedad, la matriz, que dirige, cuanto menos, a las demás, teniendo sobre ellas cierto grado de control, ya sea a través de la tenencia de derechos de voto o por su posición dominante y necesaria para la supervivencia de las sociedades filiales respectivas.

Una vez apuntadas estas diferencias y matices, pasaremos a referiremos ya, a lo largo de este trabajo, a los grupos transnacionales de sociedades mercantiles de capital en los cuales se observa una empresa matriz que controla o dirige a las demás¹⁷⁸, sin perjuicio de que parte de las reflexiones aquí realizadas puedan ser extrapoladas o adaptadas a otros tipos de sociedades o grupos. Es importante precisar también que no tendremos en cuenta en este estudio los llamados grupos normativos, basados en un contrato de dominio – definidos y abordados en Derecho alemán-, ya que, en la práctica, no nos consta que sean frecuentes –más bien todo lo contrario-¹⁷⁹ y porque, además, la cuestión de la responsabilidad en un grupo en el que existe unidad de dirección no debe basarse en una cuestión formal como es la existencia de un contrato frente a la verdadera realidad empresarial¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Importante es que carece de ánimo de lucro para sí misma, sin que pueda participar en las empresas que la conforman. La Agrupación Europea de Interés Económico está regulada por el Reglamento CEE nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico, (DO L nº199 de 31 julio 1985), aunque desde la perspectiva española hay que tener también en cuenta lo dispuesto en la Ley 12/1991 de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico. Vid., C. SANCHO, op.cit., p. 8.

¹⁷⁸ Además de que parecen ser muy frecuentes, son los más relevantes y conflictivos a efectos de determinar la responsabilidad de la matriz por actos directamente atribuidos a una de las filiales –por las relaciones de dependencia y control, ya que en un grupo horizontal esto puede ser más difuso o problemático, aunque podría ser interesante para futuras investigaciones analizar la posible responsabilidad solidaria en grupos horizontales en los que no existe una empresa matriz que dirija a las demás.

¹⁷⁹ De la misma opinión, A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 13.

¹⁸⁰ Es el argumento que dio pie a la creación de los *grupos fácticos cualificados* en la doctrina

3.2. La calificación en el sistema español de Derecho internacional privado.

3.2.1. La calificación del vínculo de dependencia.

La cuestión de la calificación de los grupos de sociedades, en el ámbito de estudio que nos hemos planteado –que excluye la determinación de la ley aplicable al fondo–, no resulta de especial interés puesto que no existen foros de competencia judicial internacional específicos para grupos de sociedades. Sin embargo, la posibilidad de que la dependencia entre matriz y filial pudiera considerarse un requisito para la aplicación de ciertos foros, incluso en presencia de sociedades no domiciliadas, nos obliga a hacer una breve consideración¹⁸¹.

Si la norma de determinación de competencia propuesta formara parte, como se sugerirá, de un instrumento supraestatal, la calificación debería ser autónoma (véase el siguiente apartado). Por tanto, no sería necesario recurrir a la *lex fori* para la calificación, como indica la doctrina mayoritaria en caso de ausencia de instrumento supraestatal. Si, en ausencia de norma supraestatal, se incorporara como parte de las normas de producción interna, entonces sería la *lex fori* la que calificaría el supuesto. No obstante, esta solución doctrinal dada para la calificación del vínculo de dependencia societaria, a pesar de todas sus ventajas¹⁸², puede presentar inconvenientes si la norma de competencia judicial internacional prevé un concepto de grupo demasiado

alemana, que se ha criticado por su enorme complejidad. Vid., al respecto, J.M. EMBID IRUJO (DIR.), Introducción al Derecho de sociedades de capital, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 19-20; P. GIRARDO PERANDONES, La responsabilidad..., op.cit., pp. 36 y 48 y A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., pp. 13 y 14 y bibliografía allí citada. Sobre posibles clasificaciones de los grupos societarios en atención a distintos criterios (*grupos de direito e grupos de facto; grupos de base societária, contratual e pessoal; grupos de subordinação e de coordenação; grupos industriais, financeiros e mistos*), vid., J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos..., op.cit., pp. 72-82.

¹⁸¹ En línea con las propuestas de *lege ferenda* que plantearemos a propósito del estudio de los foros de competencia en el capítulo II.

¹⁸² Entre otras, que los tribunales tengan un único “catálogo” de calificaciones jurídicas aplicables con independencia de la pretensión; que no sea necesario determinar la *lex causae* a estos efectos; que garanticen el vínculo con España y la razonabilidad del foro. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I, op.cit., p. 153.

limitado o concreto, ya que la diversidad de estructuras y formas de dominación que pueden presentarse en el ámbito de los grupos societarios podría limitar y complicar su aplicación o generar distorsiones con otros países y desigualdades entre sociedades de distintos Estados miembros.

3.2.2. En Derecho español. La calificación en Derecho material nacional en defecto de norma supraestatal aplicable: hacia una nueva regulación en el Código mercantil español vs. la contenida en el Código de comercio.

No existe ninguna norma supraestatal aplicable en España en la que se defina al grupo transnacional de sociedades¹⁸³. Tampoco ninguna de las normas de Derecho internacional privado que en este trabajo abordaremos contiene una definición autónoma que nos pueda servir de referencia.

Si el litigio se planteara en España, adoptar la *lex fori* como ordenamiento aplicable nos llevaría a aplicar el Derecho español. En éste no existe un concepto de grupo de sociedades que sea común a todo el ordenamiento jurídico ni una regulación sustantiva de los mismos. Por tanto, tampoco encontramos una regulación de las relaciones de vinculación y, con ello, de responsabilidad, en Derecho societario, sede natural de tal cuestión¹⁸⁴. No obstante, sí encontramos aproximaciones o pinceladas en normas fiscales,

¹⁸³ Es una cuestión que no obstante genera interés a nivel europeo. Una consulta pública del año 2012 mostró que existe consenso general en la necesidad de elaborar propuestas legislativas para regular los grupos societarios. Vid., COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas", 2012, COM (2012) 740/2, p. 14 y documentos allí referidos. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740> [Consulta: 25/2/2015].

¹⁸⁴ P. GIRARDO PERANDONES, La responsabilidad..., op.cit., p. 64. Como señalan también los tribunales españoles: "(...) es difícil acotar el concepto jurídico de grupo de sociedades; y ello porque nos encontramos por un lado con la pugna "independencia jurídica-dirección unitaria" de las sociedades que conforman el grupo y por otro lado es de resaltar la gran diversidad estructural que caracteriza a los grupos de sociedades sin olvidar que en el fenómeno de grupo se manifiesta en una gran heterogeneidad de recursos económicos y con gran variedad de sujetos físicos o jurídicos, públicos o privados por ello ha devenido en la traducción de una regulación dispersa y sectorial que conforma una noción o concepto del grupo de empresas". Vid., SAP de Vizcaya (Sección 3ª), núm. 311/2002, de 13 junio (JUR 2002\211271) y sentencias en ella citadas.

laborales, de la competencia, mercantiles...que sustentan sus previsiones en conceptos no necesariamente similares de grupo y de las relaciones intra-grupo¹⁸⁵. Lo veremos claramente a propósito de los avances en materia de responsabilidad de la matriz sobre actos de la filial que se han conseguido en ciertos ámbitos del Derecho de la UE pero no de manera homogénea.

De todos ellos, nos centraremos a continuación en la regulación mercantil porque es la que ofrece una definición más explícita¹⁸⁶ –a propósito de la obligación de consolidar las cuentas contables- y porque otras normas mercantiles remiten a ella, como ha reflejado la misma jurisprudencia¹⁸⁷. No

¹⁸⁵ Vid., análisis de las normas en normas de responsabilidad de las empresas de grupo en los sectores bancario, bursátil y asegurador; penal y fiscal; laboral y mercantil en: P. GIRARDO PERANDONES, *La responsabilidad...*, op.cit., pp. 63-81. Es especialmente relevante el análisis de la jurisprudencia laboral en cuanto a la consideración de la responsabilidad de las empresas del grupo en pp. 71. Destaca igualmente, en el ámbito de protección de los consumidores, la responsabilidad del “fabricante”, que puede ser entendido como el real o el aparente, pudiéndose incluir en éste último la matriz u otras empresas del grupo. IBÍDEM, p. 75. También, sobre el análisis del levantamiento del velo en distintas áreas del Derecho español, vid., C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, 4ª ed. revisada, pp. 396-406.

¹⁸⁶ Vid., P. GIRARDO PERANDONES, *La responsabilidad...*, op.cit., pp. 71-81. Uno de los objetivos de tales normas es evitar la práctica ilícita de que se distribuyan de manera encubierta los beneficios entre empresas de un grupo societario y esto suponga un perjuicio para acreedores o socios minoritarios de alguna de ellas al dejarla con un patrimonio insuficiente (vid., p. 72).

¹⁸⁷ Como se señala en la SAP de Madrid 25 febrero 2013 [JUR 2013\216935], aun cuando no hay un concepto interdisciplinar de grupo de sociedades, en el ámbito mercantil se ha ido imponiendo el que resulta del artículo 42 del Código de Comercio (GACETA núm. 289 de 16 de Octubre de 1885) a los efectos de consolidación de las cuentas anuales. Así, el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 29 de Julio de 1988), que mantenía el acento sobre la unidad de decisión y contemplaba expresamente como grupo de sociedades aquellas que constituyeran una unidad de decisión bien porque alguna de ellas ostentara o pudiera ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, bien porque dicho control correspondiera a una o varias personas físicas que actuaran sistemáticamente en concierto- ha sido modificado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (BOE nº 304 de 20 de Diciembre de 2007), para tomar, por remisión, el concepto de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio, al señalar el citado artículo 4 que: "A los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades". De igual forma, el artículo 18 el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio señala que: "A los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Vid., SAP de Almería (Sección 2ª), núm. 42/2014 de 25 febrero [JUR 2014\128291], F.D. 3º.

La aplicación del concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, incluso a los efectos de la Ley 22/2003, Concursal (BOE nº 164 de 10 de Julio de 2003), ha sido ratificada por la reciente reforma de esta norma efectuada por la Ley que introduce en la Ley Concursal la disposición adicional sexta para indicar ya explícitamente que: "A los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio".

obstante, existe un Anteproyecto de Ley de Código mercantil¹⁸⁸ que está en tramitación parlamentaria.

En el Código de Comercio encontramos la principal referencia a los grupos societarios (arts. 42 y ss.) a efectos de consolidación de las cuentas anuales¹⁸⁹; como hemos dicho, no se trata de un derecho sustantivo sobre los grupos de sociedades, que es lo que sí pretende regular el texto del Anteproyecto de Código mercantil dando soporte legal a cuestiones antes abordadas solo jurisprudencialmente, ya que no sólo contiene una definición de los grupos, sino también reglas en materia de funcionamiento y publicidad del grupo, de protección de los accionistas externos y garantías, de responsabilidad del grupo frente a los acreedores de alguna de las sociedades, de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dominada, etc.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, 30 de mayo de 2014, informado en Consejo de Ministros (en tramitación). Texto disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CÓDIGO_MERCANTIL__T EXTTO_WEB%2C2.PDF.PDF [Consulta: 30/5/2015]. Vid., especialmente, Capítulo I (De los grupos de sociedades) del Título IX (De las uniones de empresas), pp. 339 y ss. Sobre el mismo, vid., M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil”, *Diario La Ley* nº 8486, 1015/2015, 23 de febrero de 2014; F. OLIVA BLÁZQUEZ, “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos”, *Revista de Derecho civil – Notarios y Registradores*, vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 37-66; P. DE MIGUEL ASENSIO, “La propuesta de Código Mercantil: un apunte sobre su ámbito de aplicación”, *Blog P. De Miguel Asensio*, 21 junio 2014, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/06/la-propuesta-de-codigo-mercantil-un.html> [Consulta: 24/2/2015]; J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Novedades en la regulación de las sociedades mercantiles en la propuesta de Código Mercantil”, *Web de Wolters Kluwer sobre el Nuevo Código Mercantil*, disponible en: <http://nuevocodigomercantil.es/claves.htm> [Consulta: 24/2/2015].

¹⁸⁹ Algunos autores han señalado que la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de la dominada puede también derivarse del estudio de la contabilidad consolidada de todo el grupo, entendida ésta como posibilidad de prueba. Vid., J.L. IGLESIAS PRADA, “La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal” en: C. PAZ-ARES (Dir.), *Tratado de la sociedad limitada*, Madrid, 1997, pp. 1001 y ss., en especial, 1040, nota 94; P. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.71.

¹⁹⁰ Vid., Noticias Jurídicas (Redacción), “Las diez claves del anteproyecto del Código Mercantil”, *Noticias Jurídicas*, 2 junio 2014, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actual/3917-las-diez-claves-del-anteproyecto-de-codigo-mercantil.html> [Consulta: 3/2/2015].

Sin duda, el Anteproyecto de Código mercantil recoge una regulación de los grupos de sociedades más amplia y sistemática¹⁹¹ que la actual referencia que sobre ellos hace el Código de Comercio en el artículo 42.1:

“1. (...) Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. (...)”

Por tanto, en la redacción actualmente vigente (del Código de Comercio), lo relevante es el *control* o la *posibilidad de control*¹⁹², pudiéndose considerar

¹⁹¹ Con bastantes similitudes con la recogida en el Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 y con la regulación vigente en el Derecho italiano desde el año 2003 y con resonancias de los principios plasmados en J.A. ENGRACIA ANTUNES ET AL., Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, Bruselas, 25 marzo 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf [02/02/2015].

¹⁹² Frente a su redacción anterior, en la que se hacía referencia a la unidad de decisión: “ (...) Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dependiente, se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones: [los mismos supuestos]”. El actual artículo 42.1 fue modificado y sustituido por su actual versión por el apartado dos del artículo primero de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE 5 julio. Vigencia: 1 enero 2008).

grupos ciertas empresas vinculadas en las que no exista unidad de dirección y sin que se distinga entre *grupos por subordinación* y por *coordinación* –los cuales quedan excluidos- o se precise si existen grupos de sociedades cuando éstos estén controlados por una persona física¹⁹³. Mientras que la Ley de Sociedades de Capital¹⁹⁴ recoge esta misma idea de control, remitiendo directamente al artículo 42 del Código de Comercio, la regulación del grupo cooperativo sí hace referencia a la unidad de decisión (artículo 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas¹⁹⁵). No abordaremos su estudio ya que, además de que su vinculación con el supuesto de hecho que planteamos -de daños ambientales transnacionales- es bastante improbable, se conforma en virtud de un acuerdo de integración formalizado por escrito y la Ley prevé expresamente la exclusión de la responsabilidad derivada de las operaciones que realicen directamente con terceros las sociedades cooperativas integradas en un grupo, de manera que no alcanzará al grupo ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran (art. 78.4).

La propuesta de Código mercantil, a pesar de las críticas que ha recibido por la mercantilización de las relaciones típicamente civiles¹⁹⁶, da un paso adelante respecto del Código de comercio y, sin llegar a considerar los conceptos ya adelantados por la doctrina como la existencia de unidad económica¹⁹⁷, sí recoge un concepto más amplio y mejor definido del grupo de

¹⁹³ Vid., J.M. EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 53-68; L. MARTÍNEZ RUIZ, “Aproximación a la regulación de los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil”, *e-Dictum* nº22, octubre de 2013, disponible en: <http://dictumabogados.com/files/2013/10/Doctrina-1c.pdf> [Consulta: 29/01/2015].

¹⁹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE nº 161, de 3 de julio de 2010, vid. artículo 18.

¹⁹⁵ BOE nº 170, de 17 de julio de 1999.

¹⁹⁶ “El Anteproyecto de Código de 2014 parte de un concepto de lo “mercantil” totalmente desconocido en el Derecho comparado, al hacerlo coincidir básicamente con el Derecho privado en el que intervienen los llamados “operadores del mercado”. Con este planteamiento, quedaría prácticamente sin juego las normas patrimoniales civiles. El Consejo de Estado, al rechazar este punto de partida, obliga a replantear una cuestión”. M.P. GARCÍA RUBIO, “La mercantilización del Derecho civil. A propósito del controvertido Anteproyecto de Código Mercantil”, conferencia dictada en el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía día 23 de marzo.

¹⁹⁷ Vid, sobre esta crítica, L. MARTÍNEZ RUIZ, “Aproximación a ...”, op.cit., p. 2.

sociedades, al que no otorga personalidad jurídica (ex artículo 291-1, 2) pero sobre el que sí contempla diferentes vínculos, distinguiendo según la verticalidad u horizontalidad o, lo que es lo mismo, sobre si se trata de vínculos de dominación o subordinación o, por el contrario, de vínculos de coordinación, añadiendo también más presunciones para afirmar la existencia de control en las relaciones intra grupos. Esta cuestión nos interesa, en relación al objeto de nuestro estudio, en tanto que una mejor definición y más concreta de los vínculos de dependencia y del grupo de sociedades puede facilitar la calificación, la prueba y la imputación de la responsabilidad, con una repercusión clara en el acceso a la justicia, tanto formal como materialmente. Veamos la regulación en detalle:

A) De los grupos societarios por subordinación.

El artículo 291-2 define los grupos por subordinación, formados por una sociedad dominante¹⁹⁸ y una o varias sociedades que dependen de aquélla (sociedades dependientes o dominadas). Esto es, son aquellos en los que una sociedad controla a otra o varias sociedades estén dominadas por una misma persona natural o jurídica, *cualquiera que sea el fundamento de ese control* (art. 291-1 a).

Podrá por tanto equipararse a la *sociedad dominante* la persona natural así como otras personas jurídicas¹⁹⁹ que no sean sociedades a efectos de entender que existe grupo, siempre que dominen a más de una sociedad.

Lo más interesante de la regulación es que en el artículo 291-3 se establece una presunción *iuris tantum* de control de la sociedad dominada por la dominante cuando ésta:

¹⁹⁸ Art. 291-2, apartado 1: “Se entiende por sociedad dominante la que ejerza el control sobre una o varias sociedades, que se calificarán como dominadas o dependientes.”

¹⁹⁹ Como por ejemplo, las fundaciones. Vid., art. 291-2, apartado 2. “Las normas contenidas en este Código relativas a la sociedad dominante se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que ejerza el control sobre varias sociedades dependientes, salvo en lo que respecta a la obligación de consolidar.”

“a) Posea la mayoría de los derechos de voto”²⁰⁰. A esto añade el mismo artículo, in fine, que, “a los efectos de este artículo, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependiente o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

Nótese que en la propuesta de redacción previa al Anteproyecto, esta presunción se consideraba *iure et de iure*, junto con las establecidas en los apartados b) a la d), siendo *iuris tantum* el resto de ellas. En el primer caso, en los que no era posible desvirtuar la presunción de control, sí podía, no obstante, rebatirse la dirección unitaria que era necesaria para admitir la existencia del grupo, algo que en esta última redacción no se ha contemplado²⁰¹.

“b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

²⁰⁰ Esto generalmente coincidirá con la mayoría de las acciones por la regla de *una acción, un voto* de las sociedades anónimas que, por lo general, son las sociedades que encontramos en los grupos multinacionales. Por ejemplo, Zara, Monsanto, Apple, Nestlé, Shell plc (Public Limited Company es el equivalente en Derecho inglés a SA en Derecho español), BP plc, Wall-Mart o Exxon-Mobile (Publicly trade company sería el equivalente a S.A. de capital abierto), etc.

²⁰¹ L. MARTÍNEZ RUIZ, “Aproximación a ...”, op.cit., p. 3.

e) Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.

f) Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo.”

B) De los grupos societarios por coordinación.

El Anteproyecto establece que existe un grupo de sociedades por coordinación “cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas” (art. 291-1 b)). Precisa el art. 291-4 que el poder de dirección debe ser unitario y común y, se entiende, de todas ellas conjuntamente, ya que de existir subordinación estaríamos en el primer tipo de grupo societario antes expuesto. Por tanto, los grupos “horizontales”, responden a un acuerdo voluntario entre varias sociedades que deciden coordinarse bajo una dirección ejercitada por todos y común para todos. Ahora bien, no existen presunciones en el Anteproyecto para este tipo de grupo, por lo que la prueba puede dificultarse. Y es que, si bien no tendría sentido la aplicación de las presunciones previstas para los grupos por subordinación, ya que no hay que probar el control sino la coordinación, sí podrían haberse establecido otras como el uso de la misma marca o de signos distintivos comunes que las agrupen, la existencia de una política común o estratégica unificada, la publicidad común del grupo, etc.

Nótese, por último, que el art. 291-4 afirma que las disposiciones del código serán aplicables a este tipo de grupos (por coordinación) “en lo que proceda”, lo cual, aunque sean una tipología menos común que la de los grupos por subordinación, no deja de generar inseguridad ya que, en relación a todas las normas de responsabilidad, por ejemplo, “por apariencia” (art. 291-13),

¿implicaría que cualquiera de las sociedades del grupo podría responder subsidiariamente por las deudas de cualquiera de ellas si por las circunstancias que rodeen al grupo se dio la apariencia de ello²⁰²? ¿O, por el contrario, hay que considerar que al no existir subordinación no cabe responsabilidad subsidiaria? Habrá que esperar a ver cómo lo interpreta la jurisprudencia, aunque una mejor concreción en la ley habría sido conveniente²⁰³.

Todos estos criterios y presunciones pueden servir, junto con los que reseñaremos de otras disciplinas como la fiscal, la de competencia o la laboral, para entender mejor los vínculos societarios y para realizar un análisis crítico de estas diferencias notables según el área del Derecho de que se trate. Ahora bien, ¿es esta definición o aproximación al concepto de grupo societario, ampliado por el elemento internacional, directamente aplicable en el Derecho internacional privado? Ciertamente servirían las presunciones expuestas como base para una posible regulación de las conexiones -por ser indicios de relación entre sociedad matriz y filial- a efectos de determinación de la autoridad competente, como veremos en el capítulo II. Pero una mirada más amplia a las diferentes concepciones que en otras áreas del Derecho se mantienen sobre los vínculos de dependencia en un grupo societario nos hace pensar en que lo más adecuado es la elaboración de una definición autónoma para el Derecho internacional privado.

3.2.3. Hacia una calificación autónoma de los “grupos de sociedades”.

Sin duda, la ausencia de un tratamiento uniforme en Derecho positivo para los grupos transnacionales de sociedades –esto es, en los que al menos dos de las sociedades que lo componen tienen distinta nacionalidad- y las

²⁰² Otra cuestión problemática será cómo se interpreten esas circunstancias que pueden dar lugar a la responsabilidad por apariencia. Esto es, si será suficiente con que existan meros indicios de apariencia común -como la marca o la publicidad- o serán necesarios indicios más significativos que creen razonablemente esa confianza en que existe la garantía de otra u otras sociedades. De esta última opinión, L. MARTÍNEZ RUIZ, “Aproximación a ...”, op.cit., p.10.

²⁰³ Algunas aclaraciones sobre los grupos por coordinación vid., J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos de Sociedades..., op.cit., p. 81 y bibliografía allí citada.

consecuencias que de ello se derivan, hacen conveniente calificar esta realidad doctrinalmente como categoría autónoma a efectos de Derecho internacional privado²⁰⁴. Esto sería especialmente relevante, como dijimos, en el caso de que se introdujeran foros de competencia específicos para grupos de sociedades o cuya conexión con el Estado en cuestión se basara en parámetros vinculados a la actividad extraterritorial de una sociedad dominada por otra que sí esté domiciliada en su territorio.

Teniendo en cuenta el rechazo que la posible conceptualización unitaria del grupo como persona jurídica provoca en la doctrina²⁰⁵, puede servir de referencia inicial la definición dada por el Instituto de Derecho Internacional, en su Resolución de 1 de septiembre de 1995: “A multinational enterprise is a group of companies operating under common ownership or control, whose members are incorporated under the laws of more than one State”²⁰⁶.

Las sociedades miembros de un grupo pueden operar bajo razón social común y producir o distribuir productos o servicios relacionados; el grupo puede asociarse por el público como vinculada principalmente a un Estado – que es aquél en el que la matriz tiene su sede-; puede tener una dirección jerárquica o descentralizada, etc.; lo que sí parece característica esencial, como ya vimos, es que exista un *ejercicio de dirección de las sociedades por la matriz*, bien mediante control directo o indirecto²⁰⁷. Estas notas de dependencia

²⁰⁴ En este sentido, B. GOLDMAN Y P. FRANCESKAKIS (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, París, 1977, p. 425, num. 1, opinión también compartida por A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 22.

²⁰⁵ M. BODE, *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, Berna 2010, pp.170 y ss y bibliografía allí citada. El autor hace un estudio en profundidad de la ley aplicable al grupo de sociedades y su conceptualización en Derecho internacional privado francés y alemán.

²⁰⁶ Résolution de L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), “Obligations of Multinational Enterprises and their Member Companies”, Lisbon, 1st september 1995, publicada en *Anuario IDI*, 1996, vol. 66-II, pp. 3369-3473. Disponible en su versión inglesa en: http://www.idi-iii.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_04_en.PDF [Consulta 16/12/2013]. Sobre la misma, vid., P. KLEIN, “La soixante-septième session de l'Institut de Droit International”, *Revue Belge de Droit International* 1996/1, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 267-292, pp.272-274.

²⁰⁷ “2(a) Le contrôle est le pouvoir d'exercer une influence décisive sur l'activité d'une société, soit en nommant ses administrateurs ou ses principaux gérants, soit par tout autre moyen ; l'entité de contrôle est une société ou une entité qui détient ou exerce le contrôle sur un autre

y *dirección económica unitaria* se repiten como las características esenciales en la mayor parte de la doctrina más autorizada²⁰⁸, concretándose en indicadores como la tenencia de la mayoría de los derechos de voto o el ejercicio de una influencia decisiva por contratos de dirección, acuerdos de crédito, acuerdos de voto, etc., aun no teniendo la mayoría de aquéllos.

Destacan también otras definiciones, entre las que se encuentran la de la UNCITRAL, para el que el “*grupo de empresas*” es el que está formado por “dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social”²⁰⁹, y la de la OCDE, organismo que, en sus Guidelines for Multinational Corporations, las define así: “They usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may coordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, State or mixed”²¹⁰.

membre du groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale. L'entité de contrôle n'est pas nécessairement la société-mère de l'entreprise multinationale”. Résolution de L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Les obligations..”, op.cit., p.2.

²⁰⁸ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 683 y bibliografía allí citada; para estos autores las dos notas significativas son la relación de dependencia por el “efecto telescopio” y la “dirección económica única” llevada a cabo por la sociedad dominante, existiendo al menos dos sociedades para poder hablar de grupo; también: P. GIRARDO PERANDONES, La responsabilidad..., op.cit., pp. 21-26. También: M. EROGLU, op.cit., p. 23. A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 21; J.M. EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de novena directiva)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5 junio 1989, pp. 376 y ss., citado y reafirmado por C. BOLDÓ RODA, Levantamiento del velo..., op.cit., p. 387.

²⁰⁹ Vid., COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL), Documento A/CN.9/WG.V/WP.92, Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, elaborado con ocasión del 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo V de UNCITRAL (Nueva York, 19-23 de abril de 2010), p. 4. También, sobre la naturaleza del control y de los grupos societarios, en relación a la insolvencia, UNCITRAL, Working Group V (Insolvency Law) Thirty-first session Vienna, 11-15 December 2006, pp. 7-24. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/574/64/PDF/V0657464.pdf?OpenElement> [Consulta: 2/3/2015].

²¹⁰ Vid., OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2014 p.2. disponible en: https://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf [Consulta: 20/2/2015].

Por todo lo expuesto, y a efectos de este trabajo desde la perspectiva del Derecho internacional privado, definimos el *grupo transnacional de sociedades* como un conjunto de personas jurídicas diferenciadas –dos o más- que funcionan como una unidad económica y en las que es posible identificar un centro responsable de las decisiones estratégicas aplicables a todas las demás personas jurídicas²¹¹. Normalmente, con la intención de maximizar beneficios, presentan diversificación geográfica –esto es, operan en más de un país a través de filiales, sucursales, etc.- y por tanto están *sujetas a diferentes regímenes jurídicos*, pero tienen, en el caso de los grupos por subordinación, una dirección bastante centralizada en un centro decisorio o de control, normalmente a cargo de lo que se denomina *sociedad matriz*, basada en la tenencia por ésta –de manera directa o indirecta- de un porcentaje de acciones de las filiales suficientemente amplio como para tener control sobre ellas o, en caso de que se trate de relaciones comerciales y no patrimoniales en los grupos horizontales o por coordinación, cuanto menos, influencia recíproca y una dirección común²¹². Consecuencia de lo anterior, la filial es la empresa que

²¹¹ La doctrina jurídica en general prefiere el término “grupo de sociedades” frente a otros como “empresas multinacionales” por presentar más vinculación con su significado, esto es, con lo que esa “estructura empresarial trata de manifestar: una unidad económica conformada por varias unidades jurídicas que han perdido su independencia económica (...)”. Nos parece además que utilizar el término “empresa multinacional” lleva a pensar en una única sociedad con una nacionalidad y, por tanto, un Derecho, mientras que en los grupos se integran sociedades independientes sujetas a varios ordenamientos jurídicos. Vid., A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 683; P. GIRARDO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001, p. 221. También favorables a tal término, vid., M.L. ARRIBA FERNÁNDEZ, op.cit., pp. 41-42. En Derecho anglosajón se utilizará comúnmente el término holding para hacer referencia a esta realidad empresarial, aunque es muy común encontrar también *transnational corporations* o *multinational enterprises*; en Derecho alemán se utiliza la calificación de “sociedades de grupo” (*Konzerngesellschaft*). Vid., A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 7. No obstante, se utilizarán estos otros términos como sinónimos, haciendo siempre referencia a este significante. En cuanto a su orden (*grupos transnacionales de sociedades vs. grupos de sociedades transnacionales*), recordamos que éste pretende enfatizar que es el grupo y no la empresa concreta la que tiene el carácter de transnacional, ya que la persona jurídica estará siempre sujeta a un ordenamiento nacional, más allá de que pueda o no realizar actividades internacionales en el terreno económico-empresarial. No obstante, éste es el significado que se le atribuye sea cual sea el orden empleado a lo largo de estas páginas.

²¹² Según la OCDE, “Dichas empresas están presentes en todos los sectores de la economía. Habitualmente se trata de empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto.” Vid., OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, 2013, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

es *dominada, controlada o dirigida* mientras que la matriz es la empresa que ejerce y es titular del poder de dirección unitaria del grupo transnacional²¹³.

Estas notas esenciales de *independencia jurídica* entre las empresas del grupo, su *domiciliación en países diferentes* y su *dependencia* –en mayor o menor grado- económica y funcional bajo *un poder de decisión ejercido por la matriz*, son compartidas en los ordenamientos extranjeros que regulan la cuestión de los grupos societarios manera específica²¹⁴.

De adoptarse alguna norma en materia de competencia judicial internacional para grupos societarios por la UE, ésta deberá estar basada en una calificación autónoma de grupo y, por tanto, de dependencia o dirección unitaria, para asegurar la mayor uniformidad posible y evitar desigualdades en el acceso a la justicia y en los deberes y derechos de las partes implicadas entre los diferentes países de la UE. El exclusivo intérprete, en ese caso, siempre que fuera necesaria su labor, sería el TJUE. Desde nuestro punto de

[Consulta: 20/1/2015], p. 19. Son, para M. EROGLU, *Multinational Enterprises ...*, op.cit., p. 23, (citando a C.D. WALLACE, *The Multinational...*, op.cit., p.9): “a collection of corporate entities, each having its own juridical identity and national origin, but each in some way connected by a system of centralized management and control, normally exercised from the seat of primary ownership”.

²¹³ De manera evidente en los grupos por subordinación pero también existente en los grupos por coordinación. Aunque no exista ninguna empresa subordinada, el poder de dirección se conforma entre todas ellas, y sus decisiones se imponen sobre éstas. Ahora bien, si la estructura es inestable y las decisiones no se toman realmente entre todos, tendremos un grupo por subordinación. Vid., J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “Líneas generales de los problemas de los grupos en el Derecho laboral”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 2, 2001, págs. 21-39, en especial, p. 28. Ahora bien, a mayor horizontalidad, la comunicación de la responsabilidad será más difícil y menos justificable, porque no se trata de sancionar la existencia del grupo como tal, sino de evitar que la estructura del grupo que permite la limitación del riesgo resulte en la externalización de los costes de manera injustificada, sin que la empresa o empresas que se benefician de la actividad que provoca los daños asuman los costes de tal actividad, con un resultado profundamente antijurídico. Si el grupo horizontal se basa en una mera coordinación –puntual, sin instrucciones o dirección comunes ni control por parte de una sobre el resto-, entendemos que la comunicación de responsabilidad no debe producirse porque no tendríamos un grupo (recordamos que es necesario el elemento de la dirección común). Por otra parte, la responsabilidad basada en indicios de apariencia solo nos parece indicada para la contractual, en la que el tercero “cree” que contrata con un grupo solvente, mientras que en la extracontractual la apariencia no se forma con anterioridad al daño ni tendría sentido como justificación a la responsabilidad.

²¹⁴ Especialmente, Brasil, Portugal, Italia, Alemania y, recientemente, en el marco de una reforma legislativa, Francia. Abordaremos los puntos más relevantes a propósito de las normas sobre responsabilidad ya que en relación al concepto no presentan diferencias que necesiten considerarse por su repercusión práctica en el presente trabajo.

vista la calificación de grupo a estos efectos debería estar basada en indicadores de mínimos, redactados de manera muy general y con cierto margen de apertura, porque la capacidad de la empresa de reinventarse es mucho mayor que la del legislador de adaptarse a esas realidades, lo cual garantizaría una proximidad razonable –no máxima proximidad, ya que nos encontramos en el ámbito de la competencia- con el territorio de la UE con el límite de la previsibilidad, que debe tenerse siempre presente²¹⁵. Esto es, al tratarse de la determinación de la competencia, el juez no deberá probar cuestiones de fondo sino atenerse a los elementos más visibles que apunten a la existencia de un grupo en los términos en que se defina y, con ello, valorar si hay o no cierta conexión con el territorio del Estado en cuestión, sin que se prejuzgue el fondo del asunto.

Tal y como ya apuntamos en la introducción, el resultado de la consideración de la independencia jurídica como dogma en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, con la exclusiva excepción del levantamiento del velo societario -siendo éste, como veremos, un mecanismo excepcional cuya compleja prueba recae sobre el demandante-, es insatisfactorio social, económica, ética y jurídicamente, porque el riesgo de una actividad de la que se lucra el grupo societario recae sobre acreedores involuntarios –víctimas del ilícito medioambiental, en este caso- y, en última instancia, sobre todos los ciudadanos que sufren, de manera indirecta, el deterioro medioambiental, externalizándose el riesgo. Ya ahondamos sobre esto en la introducción.

Esta distorsión entre el riesgo y el beneficio, así como el desequilibrio procesal y la *impunidad societaria* ha preocupado a la doctrina y también al legislador en ciertas materias tradicionalmente más expeditivas, como la fiscal o, más recientemente, el Derecho de la competencia. Procederemos pues a

²¹⁵ No estamos de acuerdo con el argumento de que el hecho de que no se concrete de manera cerrada convierta al foro en imprevisible, porque ello obligaría a calificar así a más de uno. La labor interpretativa del TJUE será fundamental al respecto y esto permitirá una mejor adaptabilidad y una evolución más rápida que la modificación de las normas por el legislador comunitario. Además, el hecho de que, por ejemplo, se fije la existencia de grupo a efectos de competencia en que la matriz controle más del 50% del patrimonio de la filial, directa o indirectamente, o de que tengan la misma denominación como parte de un grupo en su página corporativa e informes de gestión, nos parece un indicador objetivo perfectamente previsible por la empresa en cuestión.

analizar cuáles son los principios que rigen las relaciones jurídicas de responsabilidad entre las sociedades de un grupo frente a terceros dañados por las actividades de una filial y a aproximarnos a las propuestas más relevantes para flexibilizar el principio de independencia y responsabilidad limitada. *¿Por qué este análisis es relevante a efectos del estudio en Derecho internacional privado?* Varios son los motivos, como explicamos en el capítulo introductorio:

Entender las posibilidades de vinculación de la responsabilidad de la filial con la matriz es esencial ya que en ellas podemos encontrar el fundamento para justificar la competencia internacional de los tribunales del país de la matriz respecto de un hecho dañoso causado por la filial y verificado en un tercer Estado sin aparente conexión con el primero de ellos²¹⁶. No hay que olvidar que el hecho de que exista un demandado domiciliado (la matriz) obligaría, en virtud de la legitimación formal, a la admisión automática a trámite de la demanda –respecto de la matriz y, según el Estado miembro en el que se plantee, también respecto de la filial²¹⁷-. No obstante, esto no implica que: a) el foro pueda ser considerado exorbitante si no existe un fundamento de conexión relevante y b) la legitimación material sea desestimada.

Con la admisión de la demanda en el país de domicilio de la matriz se lograría el acceso, en muchas ocasiones, a sistemas judiciales más garantistas e independientes; el acceso a normas de conflicto, como el art. 7 del Reglamento 864/2007, en el que es posible la elección del ordenamiento más favorable a la parte débil; una interpretación más fundamentada del lugar del “hecho generador del daño”; un mejor grado de reparación ambiental, en última instancia; mayor visibilidad pública y por tanto conciencia crítica de las

²¹⁶ Como afirma P.T. MUCHLINSKI, una de las consecuencias de la independencia jurídica entre sociedades es el llamado “jurisdiccional veil”: “coporate separation may lead to the fiction that the parent company is not present within the jurisdiction of its subsidiary and so cannot be held to have submitted to the legal system of the host country for the purposes of liability”. Vid., “Limited Liability...”, op.cit., pp. 920. Volveremos sobre esto en el capítulo II.

²¹⁷ Si se reconoce un foro de conexidad para no domiciliados, como ocurre en algunos países. Vid., capítulo II.

actuaciones de las multinacionales en el extranjero²¹⁸; el acceso a acciones colectivas (vid. capítulo III); una mayor posibilidad de ejecutar las indemnizaciones y evitar problemas como el de *Chevron-Texaco* en Ecuador²¹⁹; etc.

Muchos de estos beneficios están íntimamente conectados con el Derecho internacional privado que, sin duda, puede actuar permitiendo un mejor acceso a la justicia o dificultándolo, porque por mucho que las normas sustantivas en España y en la Unión Europea avancen en las cuestiones de responsabilidad societaria, de poco servirá en las situaciones de daños transnacionales que contemplamos si las normas de Derecho internacional privado no consideran estas cuestiones y tratan de incorporarlas en sus textos.

Dicho esto, analizamos ahora el principio de responsabilidad limitada y su sentido en el marco de los grupos societarios que ya hemos definido, con ánimo de que puedan orientar la crítica de los foros de competencia y también las propuestas que formularemos respecto a aquéllos.

3.3. El principio de la separación entre las personas jurídicas y el principio de responsabilidad limitada: ¿tiene sentido su aplicación estricta a la realidad de los grupos transnacionales de sociedades en los casos que analizamos?

No han sido pocos los autores que han cuestionado la validez del principio de responsabilidad limitada de las sociedades y de separación de las empresas que forman un grupo societario que, por gran parte de la doctrina mercantilista y de los ordenamientos jurídicos en Derecho comparado, ha sido tomado como un dogma. El principio de responsabilidad limitada *–limitada a la participación en el capital social de la empresa–*, si bien con algunos

²¹⁸ G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, op.cit., p. 25.

²¹⁹ Vid., al respecto, M. REQUEJO ISIDRO, “Aguinda v. Texaco..”, op.cit., pp. 581-597.

precedentes, no se recoge definitivamente en la ley hasta el siglo XIX²²⁰ como medida política para animar la actividad empresarial y económica de las personas físicas, eventuales inversores, protegiendo sus patrimonios personales y familiares –no para proteger a la misma empresa²²¹- con el objetivo último de estimular la economía y aprovechar las innovaciones tecnológicas de la época.

Esto es, el principio de responsabilidad limitada –íntimamente ligado al de la independencia de las distintas personas jurídicas del grupo- surge para atender ciertas necesidades socio-económicas y no como una cuestión estructural o necesaria de la empresa como construcción jurídica. Por ello sus fundamentos no son exportables sin matices, en nuestra opinión, a las formas de organización societaria que hoy operan en el terreno económico-empresarial y, consecuentemente, jurídico²²². Como afirma M. EROGLU, “(...)

²²⁰ Concretamente en Reino Unido en 1855 en la Limited Liability Act y, posteriormente, en la Joint Stock Companies Act de 1856. Vid., M. ORUGLU, *Multinational Enterprises...*, p. 77; A. MAGAISA, “Corporate Groups and Victims of Corporate Torts- Towards a new Architecture of Corporate Law in a Dynamic Marketplace”, *Law, Social Justice & Global Development Journal* 2002/1, University of Warwick, november 2002, p. 7; P.T. MUCHLINSKI, “Limited Liability and Multinational Enterprises: a case for reform?”, *Cambridge Journal of Economics*, nº34, 2010, pp. 915-928, esp. p. 916; Se precisa “definitivamente” porque existen indicios anteriores de normas que sí lo recogían pero que estuvieron acotadas en tiempo y lugar, sin que el principio de responsabilidad limitada ante un crédito insatisfecho de un acreedor –tras ir contra la empresa- despertara gran interés o tuviera una solución clara en la norma. No obstante, existen ciertas diferencias doctrinales en cuanto al origen de tal principio, refiriéndose algunos a sus raíces romanas. Vid., P.I. BLUMBERG, *Multinational Challenge to Corporation Law : The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York City, 1993, pp. 3-9. También, sobre el principio de responsabilidad limitada, R.M. MANÓVIL, *Grupos de sociedades en Derecho comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 617-625; A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 29 y bibliografía allí citada; J.A. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of...*, op.cit., pp.122 y ss.

²²¹ Nótese la diferencia: “(..) it is not the company that enjoys limited liability, it is the shareholders of the company whose liability is limited”. Vid., un análisis sobre su origen y evolución histórica, así como las críticas sobre su actual empleo en: M. ORUGLU, *Multinational Enterprises...*, pp. 75-91 (cita en p. 76). P.T. MUCHLINSKI, “Limited Liability...”, op.cit., pp. 918-922.

²²² Sobre una revisión de su origen y fundamento histórico, vid., P.I. BLUMBERG, *Multinational Challenge...*, op.cit., pp. 3-20. El autor defiende la inaplicabilidad de ese principio a los grupos de sociedades y la conveniencia de tomar a tales grupos como unidades económicas, con la consecuencia jurídica de responsabilidad ilimitada o total, desde una “enterprise approach”. No es equiparable la protección del empresario individual a la protección de “empresas que tienen empresas”. Otros autores se hacen eco de esta interpretación: T. HADDEN, “Corporate Groups”, *International Journal of the Sociology of Law*, nº 12, 1984, pp. 271 -276, esp., p. 271: “Company lawyers still write and talk as if the single independent company, with its shareholders, directors and employees, was the norm. In reality, the individual company ceased to be the most significant form of organization in the 1920s and 1930s. The commercial world is now

the examination of MNEs' economic history and current economical social characteristics indicates that limited liability is not a necessary element of the existence and operation of MNEs. Thus the law has failed to understand these realities, which cause problems in practice when there are claims for tort liability of MNEs"²²³. Tampoco son sus innegables beneficios para la economía empresarial²²⁴ una patente de corso para que se mantenga incluso a costa de que sean los acreedores involuntarios –las víctimas de estos ilícitos que nos ocupan y, en última instancia, todos los contribuyentes – los que carguen con el coste del riesgo empresarial que asumió libremente el grupo societario en cuestión, muchas veces con daños a su salud y a sus vidas²²⁵ como consecuencia de esa externalización del riesgo del daño²²⁶.

Y es que el principio de limitación de la responsabilidad permite desplazar de las empresas a los acreedores gran parte de los costes, pero mientras que en las relaciones contractuales la parte que contrata con la

dominated both nationally and internationally by complex groups of companies"; O. DE SCHUTTER, Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations, December 2006, p. 36, disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf> [Consulta: 19/1/2015]; P.T. MUCHLINSKI, "Limited Liability...", op.cit., pp. 916 y ss; J.A. ENGRACIA ANTUNES, Liability of..., op.cit., pp.113 y ss.

²²³ M. ORUGLU, Multinational Enterprises..., p. 92.

²²⁴ Estimula la inversión privada, permite a los inversores diversificar los riesgos y minimiza el coste (el asociado a la separación entre gestión y propiedad, el de informar al accionista del valor real de su inversión, el relacionado con el mercado de valores –al permitir que las acciones sean bienes fungibles-, el coste de conseguir capital, el de controlar a los administradores de la sociedad, el de conocer al resto de accionistas, etc.) y desplaza el riesgo de los inversores a los acreedores, lo cual, especialmente si nos referimos a los acreedores involuntarios, no parece muy conveniente. Vid., F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, "Limited Liability and the Corporation", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, nº1, 1985, pp. 89-117, disponible en: www.jstor.org/stable/1599572 [Consulta: 5/2/2014]. Respecto del tema del riesgo y su asunción por acreedores involuntarios en la responsabilidad extracontractual, vid., P. SALVADOR CODERCH ET. AL., "Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital. En torno a Meyer v. Holley et al. (537 U.S. 280 (2003))", *InDret*, 3/2003, Barcelona, julio 2003.

²²⁵ Y es que la inversión puede que sea beneficiosa para quien la lleva a cabo pero, si tenemos en cuenta todos los costes y beneficios –también los sociales, no solo los privados-, puede que no sea beneficiosa en un balance global, considerando la externalización de los costes y, por tanto, sería mejor que determinadas inversiones arriesgadas con un alto coste para terceros no se llevaran a cabo.

²²⁶ P.T. MUCHLINSKI, "Limited Liability...", op.cit., pp. 916 y 923: "It is wrong in that the poorer risk taker assumes the burden of the risk, contrary to well understood notions of efficient risk allocation (Mendelson, 2002, pp. 1217-25)".

sociedad puede haber conocido y aceptado el riesgo y el resultado inevitable de aplicar el principio de la responsabilidad limitada -con lo que podrán exigir un interés superior, incorporando ese riesgo en el precio del contrato-, en las extracontractuales no ocurre así, sin que quepa pensar en ningún tipo de seguro que cubra tal riesgo²²⁷ y pudiendo quedar sin compensación en caso de que la filial no sea suficientemente solvente.

Ahora bien, esto no significa que en el ámbito de responsabilidad extracontractual, en el marco de los grupos societarios, la responsabilidad tenga que ser ilimitada (vid. *infra*). Lo que sí parece claro es que existen distorsiones en la aplicación de ese principio tradicional a las que el Derecho debe responder sin perder de vista que los grupos de sociedades son una expresión legítima desde el punto de vista de la organización empresarial y que están contruidos sobre la base del principio de limitación de responsabilidad de las sociedades de capital y el aislamiento de la matriz respecto de cualquier responsabilidad por los actos directamente atribuidos a sus filiales²²⁸.

No obstante, en el proceso de configuración de un grupo societario ocurren dos cosas simultáneamente: por una parte, el grado de autonomía de las sociedades individualmente consideradas disminuye, ya que se produce una cesión –tanto en grupos horizontales como verticales- hacia el centro de decisión²²⁹, en mayor o menor grado; por otra parte, las empresas no pierden jurídicamente un ápice de su consideración, sin que el riesgo se acreciente de

²²⁷ Sobre lo inadecuado y poco viable de plantear la solución del seguro de las personas físicas -potenciales víctimas del daño extracontractual- frente a estas externalidades en la distribución del riesgo, así como apuntes sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores, vid., P. SALVADOR CORDECH ET AL., op.cit., pp. 9 y ss. y bibliografía allí citada.

²²⁸ P.I. BLUMBERG, *Multinational Challenge...*, op.cit., pp. 138 y ss.

²²⁹ De hecho, suelen tener un Consejo de Administración para el grupo, realizan informes financieros de grupo, tienen requisitos comunes para la publicación de información, políticas comunes de responsabilidad social corporativa, programas globales de calidad, etc. Vid., M. ORUGLU, *Multinational Enterprises...*, p. 93. Basta navegar por las páginas webs de algunos de los grupos societarios más conocidos (*Nestlé, Shell Global, BP, Apple, Inditex, Chevron, Toyota*, etc.) para ratificar estos datos y comprobar la cantidad de elementos comunes que parecen apuntar a cierta unidad de gestión y el contraste que esto tiene con el reflejo que la ley ofrece, aún anclada en la independencia jurídica y la responsabilidad limitada total de cada una de las empresas que forman el grupo.

manera proporcional a los beneficios económicos que se obtienen. Es por ello que, para no pocos autores, la pérdida de autonomía que se verifica en la formación de un grupo justifica que el principio de limitación de responsabilidad no pueda seguir siendo *sagrado e impenetrable*²³⁰, unido a los argumentos ya apuntados referentes a la asunción del riesgo.

Ahora bien, existen aún voces en contra de esta posibilidad de exigir responsabilidad a las empresas matrices, invocando principalmente argumentos económicos²³¹. Entre ellos, destacan el efecto negativo sobre la situación financiera de ciertas sociedades multinacionales –léase, grupos de sociedades- que se encuentran en una fase crítica y, también, el efecto disuasorio de la inversión de aquéllas en países poco industrializados. Compartimos con P. DE MIGUEL ASENSIO que tales argumentos no son suficientes para cuestionar la validez jurídica de la imposición de cierta responsabilidad a las empresas del grupo por los daños que alguna de ellas causa a terceros, siendo éstos acreedores involuntarios²³². Y esto también teniendo en cuenta que la mejor distribución del riesgo-beneficio esperado podría funcionar de filtro para las actividades económicas demasiado arriesgadas donde los costes resultan siendo altísimos si se tienen en cuenta en el cómputo global los que la empresa externaliza a la sociedad en general y no sólo los que ella misma asume (*versus* el beneficio obtenido).

Parece por tanto esencial, el establecimiento de límites al principio de

²³⁰ P. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad...*, op.cit., p. 28 y bibliografía allí citada.

²³¹ Vid., C.A. BRADLEY & J.L. GOLDSMITH, “Judicial Foreign Policy We Cannot Afford”, *The Washington Post*, 19 abril 2009, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/04/17/AR2009041702859.html> [Consulta: 3/4/2015]. Estos autores concluyen que la imposición de responsabilidad a las empresas matrices en casos de violaciones de derechos humanos es un lujo –económico- que EE.UU. no debe ni puede permitirse, extendiéndose los argumentos a otras situaciones de reclamaciones frente a la sociedad matriz en casos de responsabilidad extracontractual (productos defectuosos, consumidores, daños medioambientales, etc.). Sobre el mismo, vid., P. DE MIGUEL ASENSIO, “Responsabilidad civil de los grupos multinacionales”, *Blog de Pedro de Miguel Asensio*, entrada del 23 abril 2009, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2009/04/responsabilidad-civil-de-los-grupos.html> [Consulta: 3/4/2015].

²³² P. DE MIGUEL ASENSIO, “Responsabilidad civil..”, op.cit., párrafo 3º.

responsabilidad limitada y separación entre personas jurídicas –cuando forman parte de un grupo societario bajo dirección unitaria- que permitan delimitar el régimen de responsabilidad de los grupos y ajustar, con ello, la valoración de la rentabilidad de los proyectos empresariales y sus costes generales –incluyendo los medioambientales y sociales- así como lograr, en el caso de que se produzcan daños, reparaciones justas y eficaces que pongan fin a los espacios de inmunidad práctica que actualmente la ley permite para los grandes grupos societarios transnacionales.

Esta afirmación se ha defendido especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil exigible por las violaciones de derechos humanos, cuyas reflexiones se han extendido en ocasiones a los daños ambientales²³³. En efecto, el estudio de los obstáculos para acceder a la justicia a los que deben hacer frente las víctimas de violaciones de derechos humanos causados por grupos societarios multinacionales ha llevado a gran parte de la doctrina a afirmar la necesidad de adaptar las normas de la responsabilidad civil domésticas. Éstas, que no fueron pensadas para atender supuestos de violaciones de derechos humanos (ni tampoco para los daños ambientales causados por multinacionales), deben reinterpretarse tomando como criterio el marco protector consagrado en el Derecho internacional, superando la clásica división entre éste y el Derecho privado, y en especial, entre aquél y el Derecho procesal internacional con el objetivo último de facilitar el acceso a la justicia. La aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en el acceso a la justicia es una de las principales novedades en este ámbito, cuyo tercer pilar hace referencia expresa a cuestiones procesales de acceso a la justicia, incluyéndose los daños al medio ambiente en su ámbito de aplicación²³⁴.

²³³ Vid., F. MEMBREZ, *Legal remedies in the face of human rights violations and environmental damage committed by subsidiaries of Swiss corporations*, Geneva, 2012, disponible en: http://www.corporatejustice.ch/media/medialibrary/2012/06/membrez_executive_summary_def_en.pdf [Consulta: 1/3/2015]. Ampliamente sobre la responsabilidad civil por violaciones de derechos humanos, vid., M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones graves...*, op.cit.; en especial sobre los grupos de sociedades implicados, vid., pp.108-118.

²³⁴ D. AUGENSTEIN ET AL., *Estudio sobre el marco jurídico en materia de derechos humanos y medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea*, Universidad de Edimburgo, Informe elaborado para la Comisión Europea, 2010, pp. 14-17 del

Entre otras medidas²³⁵, se propone la incorporación de nociones como el “debido cuidado” o la adecuada diligencia de las empresas, con origen en normas no vinculantes, a la interpretación de su responsabilidad civil²³⁶. De esta manera, se propone lo siguiente: “(...) European States, should enact legislation or give clear mandate to the European Commission to present a legislative proposal that would establish a legal presumption for breach of duty of care where a business does not have, or has not followed, due diligence standards for human rights in general and with respect to its subsidiaries in particular. This is necessary given that even where cases can proceed, obtaining information about responsibility and control within the corporate group is very difficult. It is even more difficult when the actions concerned were taken extraterritoriality”²³⁷.

Un caso en el que esta problemática se pone de manifiesto de manera clara es el caso *Akpan vs. Shell* el cual merece un estudio detallado.

resumen ejecutivo, disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_es.pdf; versión completa en inglés: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf [Consulta: 3/3/2015]; G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, “The Third Pillar...”, op.cit., pp. 18 y ss.; M. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad..”, op.cit., pp. 18-20 y 30 y ss.; F. J. ZAMORA CABOT, “La responsabilidad...”, op.cit., pp. 3 y ss.; Sobre el acceso a la justicia en este ámbito, en relación a la posible creación de un tribunal arbitral internacional, vid., E. ABA, “An International Arbitration Tribunal: The solution to ensure access to justice for victims of corporate human rights abuses?”, Business & Human Rights Resource Centre, disponible en: http://business-humanrights.org/en/an-international-arbitration-tribunal-the-solution-to-ensure-access-to-justice-for-victims-of-corporate-human-rights-abuses?utm_source=Corporate+Legal+Accountability+Bulletin&utm_campaign=aeba41553e-Corporate_Legal_Accountability_QB_Dec_2014_SPANISH&utm_medium=email&utm_term=0_7734b4f86e-aeba41553e [Consulta: 4/4/2015].

²³⁵ Por ejemplo: flexibilizar el cómputo del plazo de prescripción, permitir la selección del Derecho aplicable –de haber varios vinculados- a las víctimas, las acciones colectivas (vid. capítulo III), aplicar la excepción de orden público para evitar soluciones injustas materialmente, garantizar un foro de necesidad y permitir a las víctimas litigar en el foro del domicilio de la empresa matriz (vid. capítulo II). Vid., Informe G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, “The Third Pillar...”, op.cit., pp. 76 y ss (“Recommendations for policy makers in Europe”).

²³⁶ Lo analizaremos más adelante. Vid., M. REQUEJO ISIDRO, “La responsabilidad...”, op.cit., pp. 27 y ss; y D. AUGENSTEIN ET AL., Estudio..., op.cit., p. 14.

²³⁷ Informe G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, “The Third Pillar...”, op.cit., p. 78.

3.3.1. Estudio de caso: *Akpan vs. Shell*. El deber de diligencia de la empresa matriz²³⁸.

El caso *Akpan vs. Shell* enfrenta a una ONG neerlandesa, Milieudefensie, junto con cuatro agricultores nigerianos, y a la matriz del grupo Shell (Royal Dutch Shell, RDS) y a su filial nigeriana (Shell Petroleum Development Company, SPDC) por los daños al medio ambiente -y en consecuencia, a la propiedad y medios de vida de los agricultores habitantes de la zona- causados por unos vertidos de petróleo en la región del Delta del Níger entre los años 2004 y 2007.

Las demandas se interpusieron en el año 2008 y, tras numerosas incidencias procesales, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank 's-Gravenhage*) se hizo pública el 30 de enero de 2013. Actualmente se encuentra en segunda instancia²³⁹. Es la primera vez en la Historia que una sociedad neerlandesa es juzgada en tribunales neerlandeses por daños medioambientales causados por una de sus filiales en un tercer Estado no comunitario y, también por vez primera, es ésta última juzgada y condenada en el país de su matriz.

La actividad en Nigeria del grupo empresarial Shell, del cual la sociedad angloholandesa *Royal Dutch Shell plc* (en adelante, RDS) es la matriz, ha dado lugar a numerosos litigios en los últimos 50 años, tanto nacionales²⁴⁰ como, en menor medida, transnacionales. En la actualidad, tres son los casos fuera de las fronteras nigerianas con relevancia internacional en los

²³⁸ Analizamos aquí los hechos, contexto y la responsabilidad atribuida a las empresas, dejando para el capítulo II el análisis de la determinación de la competencia judicial internacional y para el capítulo III la legitimación de la ONG Milieudefensie y de los agricultores en el pleito. Vid., ampliamente sobre el caso, L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Daños privados...", op.cit., pp. 548-583; L.J. MCCONNELL, "Establishing liability...", op.cit., pp. 88-104.

²³⁹ Información actualizada a 10 de mayo de 2015. Vid., <https://milieudefensie.nl/english/shell/courtcase/documents> [Consulta: 10/5/2015].

²⁴⁰ Aproximadamente 500 casos relacionados con fugas de petróleo se han presentado ante tribunales nigerianos contra Shell-Nigeria. Fuentes: J. GEORGE FRYNAS, "Legal Change in Africa: Evidence from Oil-Related Litigation in Nigeria", *Journal of African Law*, Vol. 43, nº 2, 1999, pp. 121-150.

que empresas del grupo Shell están o han estado involucradas, en los Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos respectivamente²⁴¹.

3.3.1.1. Contexto del caso: el Delta del Níger, la explotación de petróleo y el Grupo Shell.

Los demandantes de este caso -salvo la ONG neerlandesa- proceden de tres comunidades rurales -Goi, Oruma, Ikot Ada Udo- situadas en el Delta del Níger, al sur de Nigeria. Esta región ocupa una superficie aproximada de 112.000 kilómetros cuadrados, lo que representa el 12% de la superficie total de Nigeria²⁴². Es considerada uno de los diez ecosistemas pantanosos y marino-costeros más importantes del mundo²⁴³ y viven en ella unos 31 millones de personas²⁴⁴. Los enormes depósitos de petróleo allí ubicados han generado ingresos para el gobierno de Nigeria y las empresas petroleras multinacionales que se estiman en unos 600.000 millones de dólares estadounidenses desde la década de 1960, tras la detección de petróleo en 1958 en Oloibiri por la empresa Shell British

²⁴¹ En los Países Bajos: casos *Oruma, Goi, Ikot Ada Udo vs. Royal Dutch Shell Petroleum et Petroleum Development Company of Nigeria*. En Reino Unido: caso *Bodo vs. SPDC*; En EE.UU.: caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell Petroleum*. Su importancia radica no sólo en el valor que como precedentes pueden tener para otros casos de daños medioambientales y violaciones de derechos humanos transnacionales -especialmente, los causados por filiales de empresas domiciliadas en el "Norte"-, sino por cómo afectarán en la interpretación de preceptos legales tan importantes como la *Alien Tort Claims Act* de los EE.UU., o el Reglamento UE 864/2007 y el Reglamento UE 1215/2012 (y sus predecesores) en el ámbito de la Unión Europea (UE); también en tanto que permitirán identificar lagunas, problemas y retos para el Derecho en relación a grupos de sociedades multinacionales, que son, como hemos visto, con frecuencia sujetos de ilícitos extracontractuales en el tráfico jurídico internacional.

²⁴² Vid. TECHNICAL COMMITTEE ON NIGER DELTA, Report of the Technical Committee on the Niger Delta, November 2008, p. 110. Texto del Informe disponible en inglés en: http://www.mosop.org/Nigeria_Niger_Delta_Technical_Committee_Report_2008.pdf [Consulta: 10/02/2012].

²⁴³ INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE (IUCN), "Niger Delta Resource Damage Assessment and Restoration Project -Phase I Scoping Report", *Report from IUCN Commission on Environmental, Economic and Social Policy*, May 31st, 2006, p. 14. [Consulta: 10/02/2012].

²⁴⁴ TECHNICAL COMMITTEE ON NIGER DELTA, Report..., op.cit., p. 103. La cifra se basa en el censo de 2006.

Petroleum (hoy en día RDS)²⁴⁵, aunque la presencia de esta sociedad en Nigeria se remonta a 1937, año en el que a la compañía le fue concedida una licencia de explotación.

El sector del gas y el petróleo representa el 97% de los ingresos de divisas de Nigeria y constituye el 79,5% de los ingresos del Estado²⁴⁶. Actualmente la industria petrolera en la que operan el gobierno de Nigeria y empresas multinacionales (Shell, Eni, Agip, Chevron, ExxonMobil, Total, etc.) tiene una presencia visible en el Delta del Níger, con parte importante de su infraestructura cerca de casas, explotaciones agropecuarias y fuentes de agua de las comunidades²⁴⁷. La prospección y producción de petróleo se lleva a cabo a través de *joint ventures* en las que participa la empresa estatal Corporación Nacional Nigeriana del Petróleo (Nigerian National Petroleum Corporation, NNPC)²⁴⁸ y una o más empresas petroleras.

Shell Nigeria²⁴⁹ es el nombre coloquial de la sociedad Shell Petroleum Development Company (SPDC).

²⁴⁵ G. WURTHMANN, "Ways of Using the African Oil Boom for Sustainable Development", *Economic Research Working Paper Series of The Development African Bank*, n. 84, March 2006, pp. 1-19.

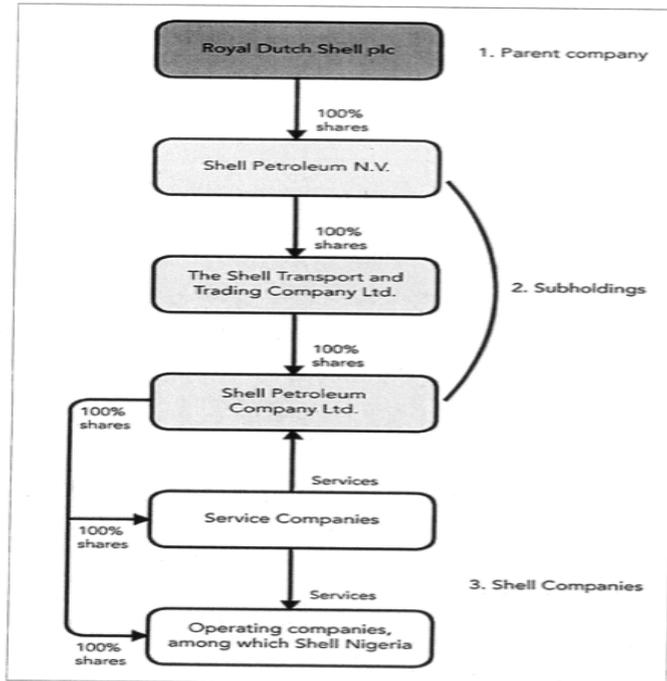
²⁴⁶ TECHNICAL COMMITTEE ON NIGER DELTA, Report..., op.cit., p. 102. En el escrito de demanda, los datos (párrafo 12) son referentes sólo al petróleo: "95% of Nigeria export consists of oil and the oil accounts for the 80% of the Nigerian government's income." Vid, "The Shell Sustainability Report 2007: Responsible Energy", p. 24, disponible en: http://reports.shell.com/sustainability-report/2010/servicepages/previous/files/shell_sustainability_report_2007.pdf [Consulta: 2/2/2013].

²⁴⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, Nigeria: Petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger, 2009, AFR 44/017/2009. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/NIGERIA%20PETRÓLEO%20CONTAMINACIÓN%20Y%20POBREZA%20EN%20EL%20DELTA%20DEL%20NÍGER?CMD=VEROBJ&MLKOB=27598612319> [Consulta: 18/02/2013].

²⁴⁸ NIGERIAN NATIONAL PETROLEUM CORPORATION website, www.nnpcgroup.com [Consulta: 12/02/2013].

²⁴⁹ En la imagen puede verse la estructura del grupo y el lugar de SPDC. Fuente: Writ of summons, case Oruma Engels vs. Shell et al, p. 8. Disponible en: <http://www.milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013].

Shell es la compañía petrolera y gasística más poderosa en Nigeria, con una producción de más de un millón de barriles diarios, que gestiona unos 6000 kilómetros de oleoductos y tuberías, 87 estaciones de petróleo, 8 plantas de gas natural y más de



Oguru, Efanga and Milieudefensie vs Shell plc and Shell Nigeria

8

1000 pozos de extracción. SPDC es filial 100% propiedad de RDS y la principal operadora de una joint venture que maneja el 40% de la producción de petróleo del país y en la que participan NNPC con el 55%, SPDC con el 30%, Elf Petroleum Nigeria Limited (filial de Total) con el 10% y Agip con el 5%.

Según las estadísticas disponibles, en los últimos treinta años se han vertido más de 400.000 toneladas de petróleo en la tierra y en el agua de esta región. Aproximadamente el 70% no ha sido aún eliminado²⁵⁰. De acuerdo a sus propios datos, en el período de 1997- 2006, Shell Nigeria verificó 250 vertidos anuales de media²⁵¹, provocados por el mal mantenimiento de las instalaciones, errores humanos o sabotaje, si bien

²⁵⁰ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Niger Delta Human Development Report, 2006, en: http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/africa/nigeria/nigeria_hdr_report.pdf [Consulta: 7/02/2012].

²⁵¹ SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT OF NIGERIA, Annual Reports 1997-2006. Información en: <http://www.shell.com.ng/environment-society/environment-tpkg/oil-spills/index1.html> [Consulta: 12/2/2012].

respecto de la causa han existido controversias²⁵² y Shell ha tenido que rectificar sus propias estadísticas en varias ocasiones por reclamaciones externas²⁵³. En todo este tiempo, la cantidad acumulada de crudo vertido en la zona supera ya a la marea negra provocada por la plataforma *Deepwater Horizon* de BP en el Golfo de México²⁵⁴.

Pese a la riqueza en gas y petróleo, la mayor parte de la población del Delta del Níger, que no es titular de ningún derecho sobre las reservas de gas y petróleo de su territorio²⁵⁵, vive en la pobreza, sin acceso adecuado a agua limpia y a servicios de salud, en medio del “abandono administrativo, el desmoronamiento de los servicios y las infraestructuras sociales, una elevada tasa de desempleo, privación social, una enorme pobreza, miseria e inmundicia y un conflicto endémico”²⁵⁶. Según el Banco Mundial, el porcentaje de la población que vive en la pobreza aumentó de un 28% en 1980 a un 66% en el año 2000²⁵⁷. Esta situación,

²⁵² E. GISMATULLIN, "Shell Accused of Misleading Data Over Nigerian Spills", *Bloomberg*, 25th January 2011. Disponible en: <http://www.bloomberg.com/news/2011-01-25/shell-accused-of-misleading-data-over-nigerian-spills-update1-.html>. [Consulta: 11/02/2012].

²⁵³ C. NWACHUKWU, "Oil spill: Shell modifies data to 70% from 98%", *Vanguard News*, 27th January 2011. <http://www.vanguardngr.com/2011/01/oil-spill-shell-modifies-data-to-70-from-98/>. [Consulta: 11/02/2013].

²⁵⁴ MILIEUDEFENSIE, *FOE-NL treats Shell shareholders to a Nigerian cocktail at the Worse Than Bad- Bar*. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/english/shell/news/foe-nl-treats-shell-shareholders-to-a-nigerian-cocktail-at-the-2018worse-than-bad2019-bar> [Consulta: 2/2/2012].

²⁵⁵ Art. 44 de la Constitución de la República Federal de Nigeria, 1999, disponible en: <http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm> [Consulta: 20/1/2013] y art. 1 de la Ley del Petróleo de 31 diciembre de 1969. Disponible en: http://www.resourcegovernance.org/training/resource_center/nigeria-1969-petroleum-act [Consulta: 20/1/2013].

²⁵⁶ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Niger Delta Human Development Report*, 2006, en: http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/africa/nigeria/nigeria_hdr_report.pdf [Consulta: 7/02/2012].

²⁵⁷ WORLD BANK, *Implementation of the Management Response to Extractive Industries Review*, December 2006. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/eirmgmtresponse0109.doc.pdf> [Consulta: 2/2/2012].

en el marco de la riqueza de sus recursos, parece ser un caso claro y dramático de la llamada “maldición de los recursos naturales”²⁵⁸.

Según el informe de Amnistía Internacional cit. *supra.*, "el hecho de que la población del Delta del Níger no se haya visto beneficiada por la riqueza derivada de la extracción de petróleo es sólo una parte de la historia. Los abusos contra los derechos humanos que se han cometido de forma generalizada y sin obstáculos en el contexto de la industria petrolera han hecho que muchas personas se hundan aún más en la pobreza y las privaciones, han alimentado los conflictos y han sido causa generalizada de sentimientos de impotencia y frustración. La crisis pluridimensional que afecta a la región es fruto de las acciones de las fuerzas de seguridad y los grupos armados, la contaminación generalizada de la tierra y el agua, la corrupción, las malas prácticas e inacción de las empresas y la grave desatención de sus obligaciones por parte del gobierno".

En este contexto se sitúa el caso que analizamos a continuación²⁵⁹. Si bien habrá que estar a los hechos concretos que para el caso juzgado se manifiesten y prueben y a las normas vigentes del ordenamiento aplicable a la cuestión, el conocimiento del contexto, de los precedentes y de la situación generalizada en la región puede servir, si no ya para alterar la resolución del caso, sí para poner de manifiesto lo ineficaz e injusto de posibles resultados que, aún siendo fieles a la legalidad, no lo son a la más elemental coherencia o sentido común ni al principio de protección de bienes jurídicos considerados esenciales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del planeta y para la comunidad internacional. La

²⁵⁸ Vid. J.E. STIGLITZ, *Cómo hacer que funcione la globalización*, Altea Taurus Alfaguara, 2006, pp. 179-209.

²⁵⁹ Vid., ampliamente sobre el contexto del Delta del Níger en relación a la responsabilidad de las empresas multinacionales, S. LEADER ET AL., *Corporate Liability in a new setting: Shell and the changing legal landscape for the multinational oil industry in the Niger Delta*, Essex Business and Human Rights Project Report, 2012, en especial, pp. 10-18, 45-54, 56-58, disponible en: <https://www.essex.ac.uk/ebhr/documents/niger-delta-report.pdf> [Consulta: 13/5/2013].

intención es pues alumbrar un escenario en el que la crítica a lo ineficaz o injusto que puedan representar las normas vigentes -o la falta de ellas- sea más directa y, acaso, más acertada y que las posibles propuestas que se planteen puedan responder mejor a la realidad existente y, con ello, sean aplicables, viables y efectivas en mayor grado.

3.3.1.2. Recorrido del caso *Shell* en los Países Bajos.

- El inicio del proceso: demanda y partes.

El litigio comienza con la demanda presentada ante el Tribunal de Distrito de La Haya en el año 2008 por la ONG Milieudefensie²⁶⁰ y cuatro agricultores nigerianos que sufrieron directamente el perjuicio (todos, a partir de ahora, los demandantes o *Milieudefensie et al.*) contra la compañía nigeriana filial de Shell, SPDC, y contra la empresa matriz, anglo-neerlandesa, RDS (ambas, desde ahora, demandados o *Shell*).

El daño respecto del cual se litiga es consecuencia de unas fugas de petróleo que tuvieron lugar desde el 2004 hasta el 2007 en los poblados en los que vivían los demandantes: Oruma, Goi e Ikot Ada Udo (en el caso de *Akpan*, éste último). Las fugas de petróleo contaminaron los estanques piscícolas que quedaron inutilizables para la pesca, al igual que ocurrió con las plantaciones que les proporcionaban materias primas como palma de rafia, caucho, mangos y caoba. El ambiente contaminado, además de suponer pérdida de ingresos y daño a la propiedad de los demandantes, también puede afectar considerablemente a su salud, entre otras causas, por la ingesta de agua contaminada.

Los demandantes hacen responsable a RDS y a SPCD del daño medioambiental y del daño patrimonial e inmaterial que, como consecuencia del primero, han sufrido los cuatro agricultores. A SPDC se le achaca el incumplimiento del deber legal de diligencia que debía

²⁶⁰ Sobre la legitimación de Milieudefensie ahondaremos en el capítulo III.

observar como operador directo²⁶¹, ya que ni reemplazó el oleoducto dañado a tiempo, ni tomó medidas adecuadas para detener las fugas ni tampoco, por último, limpió ni en tiempo adecuado ni en extensión, todo el petróleo vertido, a lo cual obliga, con independencia de la causa, la legislación nigeriana²⁶². Por su parte, se responsabiliza a RSD de abstenerse de revisar si su filial nigeriana estaba cumpliendo adecuadamente los estándares adecuados para la extracción del petróleo, algo que RSD no sólo podía sino que debía hacer. Esta negligencia es causa de que las fugas pudieran ocurrir o, al menos, de que no fueran detenidas a tiempo. El mismo argumento para hechos similares es el planteado en todas las reclamaciones.

Se dirigen a ambas sociedades -matriz y filial- porque consideran que existe una clara vinculación entre ambas, alegando la existencia de numerosos mecanismos de control, empezando por el hecho de que el 100% de SPDC es propiedad de RSD²⁶³, y ésta tiene también una cuota en los beneficios de la filial, los cuales son depositados íntegramente en los Países Bajos²⁶⁴. Independientemente de que SPDC sea una sociedad

²⁶¹ Pese a que la compañía estatal nigeriana NNPC tiene el 55% de participación en la *joint venture* y SPDC sólo el 30%, estos porcentajes no reflejan, según los demandantes, el poder fáctico real y el control que SPDC ejerce como operador directo. Como tal es responsable, según el Acuerdo de Operación Conjunta que rige la alianza empresarial, del adecuado progreso de extracción, del transporte y del mantenimiento de los oleoductos. Además, en virtud de ese mismo acuerdo, tiene el derecho de contratar subcontratistas y personal, llevando a cabo de manera unilateral todas las operaciones de gestión, formulando presupuestos y planes de actividades que son aprobados por el comité de operaciones de la *joint venture*. Vid., Writ of summons, caso *Oruma Engels vs. Shell*, punto 8.2, p. 22 y ss. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013].

²⁶² Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry in Nigeria (EGASPIN), issued by the DEPARTMENT OF PETROLEUM RESOURCES (Lagos, 1991), Revised Edition 2002, p. 152, section 4.1: "An operator shall be responsible for the containment and recovery of any spill discovered within his operational area, whether or not its source is known".

²⁶³ SHELL PLC, Annual Report and Form 20-F for the year ended 31st December 2006: Delivery and Growth, p. E2. (Documento adjunto a la demanda, disponible en: <http://s06.static-shell.com/content/dam/shell/static/investor/downloads/financial-information/reports/2006/2006-annual-report.pdf>. [Consulta: 20/01/2013].

²⁶⁴ "SPDC's profits (estimated at €1,8 billion annually) are deposited in the Netherlands", en: FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL, "Dutch court ruling against Shell a partial victory", disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2013/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 31/01/2013].

formalmente independiente con cierta autonomía en su gestión, los demandantes señalan que RSD tiene control sobre la política²⁶⁵ de SPDC y sobre su implementación, especialmente en el tema medioambiental²⁶⁶, y por tanto, es responsable por no haber evitado el daño medioambiental incumpliendo la más elemental diligencia debida en la supervisión y gestión²⁶⁷. De hecho -alegan-, la guía de gobierno del grupo empresarial establece que el grupo Shell opera de *facto* como una única compañía integrada en lo que se refiere al medioambiente²⁶⁸.

Por tanto, las peticiones que formulan los demandantes van dirigidas a ambas empresas y son las siguientes:

- i) Que se declare la responsabilidad de RDS y de SPDC por los daños causados a los demandantes, ya sufridos y que podrán sufrir en el futuro.
- ii) Que se declare la responsabilidad de RDS y SPDC ante Milieudedefensie por los daños medioambientales.

²⁶⁵ En sus alegaciones, los demandantes señalan diferentes instrumentos de política empresarial con los que RDS puede ejercer influencia en los procedimientos de SPDC: i) la política medioambiental está centralizada y gestionada en base a los "Health Safety & Environment Policy", "Global Business Principles" y "General Business Principles". ii) RDS tiene que asegurarse del cumplimiento de los diferentes códigos de conducta suscritos por el grupo empresarial; entre ellos, las directrices de la OCDE, según las cuales las matrices asumen una responsabilidad activa en el apoyo a sus filiales. iii) En calidad de único accionista, RDS influye directamente en la elección de los directores de SPDC. Traducción libre de: Milieudedefensie, "The people of Nigeria vs. Shell: The first session in the legal proceedings", December 2009. Extraído de: www.milieudedefensie.nl/english/shell/the-people-of-nigeria-versus-shell [Consultado el 20/01/2013].

²⁶⁶ Shell cuenta con un conjunto de normas globales -política común- sobre el medio ambiente para todas sus empresas y las *joint ventures* que controla. Vid. <http://s05.static-shell.com/content/dam/shell/static/environment-society/downloads/previous-hsse-standards.pdf>. [Consulta: 10/02/2013]. Sobre la política integrada: <http://www.shell.com/global/environment-society/s-development/our-commitments-and-standards/hse-com-policy.html>; http://www.shell.com/home/content/responsible_energy/integrated_approach/our_commitments_and_standards/global_environmental_standards/minimum_environmental_standards.html. [Consulta 10/02/2013].

²⁶⁷ Así se pone de manifiesto en varios fragmentos del documento adjunto a la demanda, Group Governance Guide (GGG), elaborado por Shell plc en el año 2001, en el que queda clara la capacidad de injerencia por parte de la matriz en la actividad de sus filiales. No obstante, el tribunal no consideró las pruebas aportadas de suficiente entidad para considerar que existiera un control fáctico de la matriz, si bien denegó la solicitud de los demandantes de exhibición de documentos internos por parte de Shell que coadyuvarían a tal fin.

²⁶⁸ Vid., GGG, op. cit., p.8

- iii) Que se obligue a RDS y a SPDC a reemplazar el viejo oleoducto en un plazo determinado.
- iv) Que se obligue a RDS y a SPDC a limpiar el suelo del petróleo vertido y a purificar el agua cumpliendo así con los estándares locales e internacionales de protección ambiental, en un plazo determinado, y que el resultado sea evaluado por una comisión mixta de expertos.
- v) Que se ordene a RDS y a SPDC a mantener en buen estado los oleoducto una vez reemplazados por unos nuevos.
- vi) Que se ordene a RDS y a SPDC a implementar un plan de contingencia adecuado para el caso de fugas de petróleo en Nigeria, que asegure una rápida y eficaz respuesta.
- vii) Que se condene a RDS y a SPDC a pagar una sanción de 100.000 Euros (u otra cantidad determinada por el juez de acuerdo a su leal saber y entender) para RDS y/o SPDC en caso de incumplimiento de lo establecido en los puntos iii) y iv).
- viii) Que se condene a RDS y a SPDC a compensar los costes extrajudiciales y a pagar las costas judiciales, o al menos la parte que les corresponde.

➤ Contestación a la demanda e incidencias procesales

Shell contesta a la demanda negando la comisión de errores y la responsabilidad de RDS en cualquier actividad de su filial. Además, a 13 de mayo de 2009 presenta un escrito de impugnación de la competencia del tribunal de La Haya para juzgar las actuaciones de SPDC en el caso de Oruma, alegando independencia entre ambas y autonomía total en la gestión. El 30 de diciembre del mismo año, un auto del tribunal reafirma su competencia sobre el caso; cuestión que se repetirá análogamente para los casos de Goi y Ikot Ada Udo con resoluciones a fecha 24 de febrero de 2010. Tampoco estima la objeción de Shell que alegaba litispendencia en el caso de Ikot Ada Udo.

Por tanto, en la audiencia de 11 de octubre de 2012 quedan los casos vistos para sentencia, una vez salvados los obstáculos de índole procesal que Shell había interpuesto a las reclamaciones. La resolución sobre el fondo se anunció para el día 30 de enero de 2013.

- Análisis de la sentencia estimatoria del caso *Ikot Ada Udo*, 30 enero 2013.

El veredicto del Tribunal de Distrito neerlandés se hizo público, tal y como estaba previsto, el día 30 de enero de 2013. De las cinco reclamaciones presentadas -dos demandantes en el poblado de Oruma, uno en Goi, otro en *Ikot Ada Udo* y, por último, la reclamación presentada por Milieudefensie-, el tribunal neerlandés sólo estimó parcialmente las pretensiones del Sr. *Akpan*, residente en *Ikot Ada Udo*, reconociendo sólo la responsabilidad de SPDC²⁶⁹. Los demandantes encuentran en la estimación parcial una pequeña victoria, ya que es la primera vez que no sólo se consigue que un tribunal neerlandés reconozca su competencia sobre una empresa extranjera por daños ocurridos en otro Estado²⁷⁰, sino también porque se ha conseguido reconocer la responsabilidad de una filial en Nigeria por los daños medioambientales causados por unos vertidos que, con la debida diligencia, podrían haberse evitado a juicio del tribunal.

Sin embargo, manifestaron su decepción por la desestimación de las

²⁶⁹ Esto generó decepción entre los demandantes que, por ello, anunciaron en su momento recurrir la resolución como efectivamente hicieron. Vid., FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL (FOEI), *Dutch Court...*, op.cit.

²⁷⁰ Abordamos ahora el resultado de la misma a nivel sustantivo, tras haber determinado que es aplicable el Derecho de Nigeria, de acuerdo a la ley de conflicto neerlandesa, ya que el Reglamento 864/2007, Roma II, no era aún aplicable. Vid., Act of 11th April 2001, concerning the regulation of conflict law with regard to obligations resulting from unlawful action (Act regulating the Conflict of Laws on Unlawful Acts -WCOD-), *Dutch law gazette* (effective as of 1 June 2001). Lo relativo a la determinación de la competencia judicial internacional será abordado en el siguiente capítulo y para ahondar en cuestiones de ley aplicable, como la posible aplicación de la ley del país de domiciliación de la matriz o el resultado de esta determinación de haber resultado aplicable temporalmente el Reglamento 864/2007, vid., L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Daños privados...", op.cit., pp. 568-572.

otras reclamaciones para casos similares y por el hecho de que la matriz no fuera encontrada responsable en ningún caso, cuestiones por las que recurrirán la decisión del tribunal neerlandés. En concreto, estudiaremos los puntos relevantes de la sentencia del tribunal para el único caso parcialmente estimado, el del Sr. *Akpan vs. Shell et al.*

a) La causa de los vertidos: sabotaje. Exoneración de la responsabilidad.

La causa de los vertidos ocurridos en 2006 y 2007 es *sabotaje*, tal y como defendía Shell. No habiendo sido el otro argumento (el de la parte actora, que defendía el mal mantenimiento de los oleoductos) suficientemente probado, el tribunal considera que el hecho de que el vertido se pudiera controlar simplemente con el cierre de las válvulas es un indicio probable de que fueran abiertas dichas válvulas en una acción de sabotaje y que, por tanto, no se trate de mal mantenimiento. Según la ley nigeriana, en caso de sabotaje, el operador SPDC no es responsable del daño que cause el vertido.

Este punto es determinante. De hecho, ninguna de las otras demandas fue estimada respecto de SPDC justamente porque se consideró que el sabotaje había sido la causa de los vertidos. Quizás por ello, las críticas por parte de los demandantes a la decisión del tribunal han sido varias: "The plaintiffs find it incomprehensible that the court has allowed itself to be convinced by a number of blurry photos and poor quality video images submitted by Shell. With the plaintiffs, Friends of the Earth International remains convinced that poor maintenance is the cause of the spills. Even if sabotage is involved, Friends of the Earth International believes that Shell bears responsibility and is liable for the damage"²⁷¹.

También Amnistía Internacional critica este punto: "Aunque el sabotaje de oleoductos en el Delta del Níger es una de las causas de

²⁷¹ FOEI, Dutch Court ruling against Shell a partial victory. 30/01/2013. Disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2012/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 9/02/2013].

contaminación, no se trata en absoluto del gran problema que a la maquinaria de las relaciones públicas de Shell le gusta dar a entender (...) las afirmaciones de Shell sobre el sabotaje como causa de la contaminación han sido rechazadas por las comunidades y ONG, entre otras, Amnistía Internacional. (...) Al estudiar las alegaciones de los cuatro agricultores -sobre los fallos operativos y no sabotaje como causa de los vertidos- el tribunal neerlandés tuvo que depender de los informes de investigación de los vertidos de petróleo elaborados por la propia Shell"²⁷². De hecho, así lo corrobora de manera más documentada un informe de Amnistía Internacional del año 2009²⁷³ y las investigaciones realizadas por la ONG Milieudefensie²⁷⁴.

Partiendo de la información disponible, quizás el recurso a la evidencia aportada por las partes para probar esta cuestión tan esencial en el proceso es insuficiente en cuanto a las garantías, teniendo en cuenta la desigualdad entre las partes en cuanto a la posibilidad de aportar y elaborar evidencias. En este caso, Shell et al. tiene no solo más información acerca de estadísticas -elaboradas por ellos mismos- de sabotaje y vertidos, sino que además tienen a su disposición medios infinitamente mayores para contratar peritos y obtener pruebas que sean favorables a sus intereses.

b) *Tort of negligence*.

i. En el sistema de *Common law* y el Derecho de Nigeria.

Las *obligaciones extracontractuales* en la ley nigeriana no

²⁷² A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), "La contaminación causada por Shell en el Delta del Níger: lo bueno, lo malo y la búsqueda incesante de la justicia", 5/02/2013. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2013/02/shell-s-niger-delta-pollution-the-good-the-bad-and-the-ongoing-quest-for-justice/> [Consulta: 10/02/2013].

²⁷³ Vid., AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Nigeria: contaminación...", op.cit., p. 19.

²⁷⁴ Vid., M.J. HAN VAN DE WIEL, "Oil pollution in Nigeria. Sabotage or rust?" Jun 2012. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/down-to-earth-magazine/artikelen/oil-pollution-in-nigeria.-sabotage-or-rust> [Consulta: 10/2/2013].

responden a un término genérico que las agrupe, sino que son reguladas de manera específica y desarrolladas en la jurisprudencia de manera particular, como ocurre en los sistemas de *common law*. Bajo la ley nigeriana, la responsabilidad de un operador como SPDC por los daños resultantes de vertidos de petróleo está parcialmente regulado en una ley: *Nigerian Oil Pipelines Act*, 1956.

Según éstos, el ilícito de negligencia (*tort of negligence*) se comete, según la jurisprudencia²⁷⁵, en el caso de que el acusado incumpliera un deber de cuidado y esto resultara en daño para el demandante. Según la ley nigeriana, del *common law*, ese deber de cuidado se determina en base a tres criterios establecidos por la jurisprudencia inglesa²⁷⁶:

- Predictibilidad: que el acusado pudiera prever que el demandante sufriera daños.
- Proximidad: debe existir una relación de proximidad entre las partes.
- Debe ser razonable, justo y equitativo asumir que el deber de cuidado en una determinada situación.

La valoración de estos tres criterios se realiza caso por caso y por comparación con antecedentes similares, con un "*enfoque progresivo*", tal y como se denomina tanto en la jurisprudencia nigeriana como inglesa. El tribunal también precisa que, respecto a la responsabilidad de RDS, no existe un deber de cuidado genérico que implique que el demandado deba evitar *daños al demandante que son consecuencia de prácticas de terceros*, salvo que se den determinadas circunstancias desarrolladas en la sentencia *Smith vs. Littlewoods* (1987, House of the

²⁷⁵ Cámara de los Lores, 26 mayo 1932, as. *Donoghue (or McAlister) vs Stevenson*, [1932 All ER Rep 1; [1932] AC 562], disponible en: <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm> [Consulta 9/2/2013].

²⁷⁶ Cámara de los Lores, 8 febrero 1990, as. *Caparo Industries plc vs. Dickman*, [1990 2 A.C. 605], disponible en: http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/CAPARO_1.pdf [Consulta 9/2/2013].

Lords)²⁷⁷:

- Existía una relación especial entre el demandado y el demandante porque el primero asumió un deber de cuidado respecto a éste último.
- Existía una relación especial entre el demandado y el tercero que infligió el daño basada en que el demandado tenía que supervisar o ejercer algún tipo de control sobre el tercero.
- El demandado creó una situación peligrosa que podría ser aprovechada por un tercero y de esta manera causar el daño.
- El demandado sabía que un tercero había creado una situación peligrosa pudiendo influir el demandado en ésta.

Por tanto, para apreciar negligencia por actos de un tercero deben concurrir los tres primeros requisitos de predictibilidad, proximidad y que sea justo, equitativo y razonable, así como *alguna* de estas cinco circunstancias previamente detalladas. También son aplicables en el Derecho nigeriano, como parte que son del derecho positivo dentro del *Common law*. En base a estos criterios se determina la responsabilidad como se expone a continuación.

ii. ¿Es la matriz responsable?

A tenor de lo expuesto, no se aprecia, en primera instancia – recordemos que en este punto la sentencia ha sido recurrida– responsabilidad por negligencia de la empresa matriz, RDS. Este asunto es de especial importancia ya que la responsabilidad de la empresa matriz por actividades de la filial era una de las cuestiones más controvertidas y que podrían tener un mayor impacto jurídico a nivel internacional. Tal y como previamente se ha explicado, dado que no existe ningún deber de cuidado genérico que implique evitar que

²⁷⁷Cámara de los Lores, 5 febrero 1987, as. *Maloco and Smith v Littlewoods Organisation Ltd*, [UKHL 18, 2 WLR 480, AC 241], disponible en: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1987/1987_SC_HL_37.html [Consulta: 10/02/2013].

terceros causen daño²⁷⁸, una empresa matriz como RDS no tiene obligación de impedir que sus filiales, como SPDC, causen daño a terceros con sus operaciones, salvo que se den las circunstancias mencionadas en la jurisprudencia (vid. *Smith vs. Littlewoods*, cit. *supra*), para lo que, según E. HASSINK, portavoz de Milieudefensie, "hay que demostrar que la dirección efectiva de la filial se determina desde la empresa matriz"²⁷⁹.

En este caso, el tribunal encuentra que el mero hecho de que RDS haya hecho de la prevención de daño ambiental causado por sus filiales un punto clave de sus políticas y que hasta cierto punto RDS esté involucrada en la política de SPDC, es razón insuficiente para que pueda asumirse que RDS asumió un deber de cuidado respecto de la gente que vive en las proximidades de los oleoductos e instalaciones de SPDC. La responsabilidad de la matriz sólo es posible cuando se reconoce que los vertidos, si bien causados por sabotaje, fueron en parte responsabilidad de SPDC porque ésta no adoptó las medidas de protección más elementales. En los demás casos, en los que SPDC no fue encontrada culpable en absoluto y el sabotaje fue reconocido como causa de los vertidos, analizar la responsabilidad de RSD carece de sentido.

El caso alegado por la parte actora para defender la responsabilidad de RDS, *Chandler vs. Cape*²⁸⁰, no es valorado como precedente válido para el caso ya que no se basa en los mismos

²⁷⁸ Esta conclusión quizás habría variado en caso de que el Derecho aplicable fuese el neerlandés, en el que se reconoce una responsabilidad por actos de terceros valorable caso por caso según la gravedad del daño, el grado de riesgo asumido, el conocimiento previo de la empresa -si sabía o debía haber sabido cómo era la situación local-, la respuesta que dio ante los hechos que conoció o debió haber conocido y la dificultad de tomar medidas de precaución, entre otros criterios que valorará el juez según "the unwritten law" (artículo 6:162 del Código Civil).

²⁷⁹ M. RODAL, "La justicia holandesa condena parcialmente a Shell Nigeria por los vertidos", *Diario El Confidencial*, 30/01/2013. Disponible en: <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/01/justicia-holandesa-condena-parcialmente-shell-nigeria-20130130-88993.html> [Consultado el 10/02/2013].

²⁸⁰ *Chandler v Cape plc*, 2012, op. cit.

presupuestos, porque en ese caso se trataba de dilucidar si existía deber de cuidado por parte de una empresa matriz respecto de los empleados de la filial respecto a la política de salud y seguridad laboral. Sobre esto el tribunal concluye que dicho deber existe si: i) los negocios de la filial y la matriz son esencialmente los mismos; ii) la matriz tiene más conocimiento -o debería tener más conocimiento- de algún aspecto concreto del tema de seguridad y salud laborales que la filial; iii) la matriz sabía o debía haberse dado cuenta de que las condiciones de trabajo en la filial no eran apropiadas (para la salud y seguridad); y, iv) la matriz sabía o debía haber previsto que la filial o sus empleados confiaban en que ella usaría su conocimiento superior para protegerles. En el caso de *Chandler vs. Cape* el tribunal aceptó como suficiente para verificar este requisito el hecho de que la matriz hubiera intervenido con anterioridad en las operaciones de negocio de la filial.

Respecto al caso en Nigeria, el tribunal afirma no poder asemejar el caso porque la proximidad entre empleados y matriz y la de "vecinos del lugar" y matriz no es la misma siendo la segunda mucho más lejana y difusa, algo que haría responsable a la matriz de un grupo internacional de empresas frente a un número ilimitado de personas en muchos países.

Por otra parte, y en consecuencia de esto, no es tan justo, razonable y equitativo asumir dicho deber de cuidado, menos aún si tenemos en cuenta que se trata de daños provocados no por la filial, sino por otro tercero (porque se considera la causa el sabotaje). Es decir: el punto i) no se da porque mientras que RDS se dedica a la política general, a gestionar los riesgos y a formular una estrategia de negocio desde La Haya, SPDC se dedica a la producción de petróleo directa en Nigeria. Además, el tribunal considera que ni los puntos ii) ni iii) están suficientemente probados como para ser estimados. Por ello, el caso de *Chandler vs. Cape* no es precedente para éste y esta conclusión, unida al resto de circunstancias y alegaciones, hacen que no pueda admitirse la existencia de un deber de cuidado de RDS sobre las

actividades de su filial para prevenir daños causados por terceros y, por tanto, que no pueda apreciarse ningún ilícito por negligencia y por tanto tampoco responsabilidad frente a los demandantes.

Aunque no pretendemos aquí analizar el Derecho aplicable en detalle, lo cierto es que, a primera vista, la aplicación del Derecho neerlandés en lugar del nigeriano tampoco daría a priori una solución determinada y clara a estas preguntas, ya que según el artículo 6:162 del Código civil, el juez deberá valorar si se respetó el "debido cuidado"²⁸¹ con una "right and proper conduct in accordance with unwritten law"²⁸², si bien existen interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que perfilan mejor dicho artículo²⁸³.

²⁸¹ "In this situation, acts or omissions of the parent company are considered to be in violation of a domestic liability standard". Vid. N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, "Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, nº 3, 2008. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1351768> [Consulta: 28/02/2013].

²⁸² Este mecanismo ha sido utilizado en varias ocasiones en tribunales británicos. Vid, Cámara de los Lores, 20 julio 2000, *as. Lubbe v. Cape Plc.* [4 All E.R. 268 H.L.], disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/41.html> [Consulta: 15/3/2015]; Corte de Apelación, Civil Division, 3 febrero 1999, *as. Sithole vs. Thor Chem. Holdings Ltd.* [[1999] EWCA Civ 706], disponible en: <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/sithole-and-ors-52580815> [Consulta: 10/4/2014]; Cámara de los Lores, 24 julio 1997, *as. Connelly vs. RTZ Corp.* [(1997) 4 All E.R. 335 HL], disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/con01.htm> [Consulta: 9/2/2013]; Corte de Apelación, 9 octubre 1995, *as. Ngcobo vs. Thor Chem. Holdings Ltd.* [(1995) T.L.R. 10 (Eng. C.A.)]. Recogidas por N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, op. cit., p. 837, nota a pie nº 12.

²⁸³ Para un análisis de su interpretación vid. A.G. CASTERMANS & J. M. VAN DER WEIDE, op. cit., pp. 21-23 y 38-40. Para el Derecho neerlandés, la regla general es que las filiales - jurídicamente independientes- son responsables de sus propios actos. Sin embargo, cuanto mayor sea el control que la matriz ejerce o podría ejercer sobre la política de la filial y su implementación, más probable es que, en una valoración individualizada del caso, se aprecie su responsabilidad por un fallo de supervisión de las actividades de la filial. Los códigos de conducta pueden proveer criterios de valoración para apreciar si la matriz incumplió el deber de salvaguardar determinados estándares internacionalmente reconocidos. Esta opción legislativa que reconoce el Derecho neerlandés parece más interesante desde el punto de vista de la prevención del daño que la herramienta excepcional del levantamiento del velo, ya que en vez de desincentivar el deber de vigilancia de las matrices sobre sus filiales (ya que ante la posibilidad de que se levante el velo mientras menos "sepan" de la actividad de sus filiales y menos conexiones existan entre ellas menor será el riesgo de ser responsables), lo incentivarían, evitando los obstáculos asociados a la misma (qué ley alicar, cómo determinar la legitimación pasiva, cómo salvar la falta de precedentes y criterios, etc.). Vid. N. JÄGERS & J.M. VAN DER HEIJDEN, op. cit., p.843.

iii. Posible denegación de justicia. La solicitud de pruebas.

En relación a la responsabilidad de la matriz, la valoración de la sentencia por parte de Milieudéfensie et al. ha sido claramente negativa, remarcando el hecho de que se les ha denegado el acceso a las pruebas que demuestran que RDS determina los asuntos de su filial SPDC diariamente, es decir, que gestiona o dirige a la filial, además de que es propietaria del 100% de sus acciones y los beneficios de la filial en su totalidad (estimados en 1800 millones de Euros al año) se depositan en Los Países Bajos. G. RITSEMA, de la ONG Milieudéfensie, hacía la siguiente crítica: "Apparently our justice system allows a company to pocket the profits from a foreign subsidiary without being held liable for the damage it causes while producing those profits"²⁸⁴.

Sin duda continúa siendo la prueba la cuestión más difícil que afrontan los demandantes en este tipo de litigios. Y esta es una cuestión fundamental. La parte actora en sus alegaciones solicita, en repetidas ocasiones, que Shell et al. aporten documentos que sólo ellos pueden aportar y que clarificarían tanto la situación de influencia de RDS sobre la filial como la causa de los vertidos²⁸⁵. El tribunal no reconoce esta petición en ninguna de las ocasiones. Esto puede ser un punto importante de cara al recurso que presentarán los demandantes en los meses próximos. Lo cierto es que el tribunal hace una interpretación restrictiva del artículo 843a del Código civil neerlandés, de manera que si la parte actora no prueba suficientemente el interés determinante en obtener un documento concreto, no se estima su "legítimo interés" y, por

²⁸⁴ FOEI, op. cit., 30/01/2013.

²⁸⁵ Basándose en los artículos 22, 150 y 834a del Código de Procedimiento civil neerlandés, los demandantes solicitan los documentos: "For an important part of the propositions of the plaintiffs it applies that the further substantiation thereof is only possible by means of documents that they do not have at their disposal. These documents are at the exclusive disposal of the defendants. (...) A reasonable and balanced litigation that enables the actual implementation of the substantive standards on the acts and omissions of defendants, therefore brings along the defendants must be enforced to provide the information requested by plaintiffs in order to accommodate plaintiffs to their furnishing of evidence. (...) This would result in an increased duty of care to produce prima facie evidence for defendants and a shift of (part of) the burden of proof to defendants". (Vid. párrafos nº 346-360 *Writ of summons*, op.cit.).

tanto, será denegada su petición.

En el caso de los documentos que la parte actora reclama para probar la vinculación entre RDS y SPDC, el tribunal rechaza su petición porque considera que no han demostrado suficientemente que, bajo la ley de Nigeria, la matriz comete un acto ilícito si, estando al corriente de la política ambiental y de seguridad de su filial y teniendo autoridad e influencia sobre ella, no actúe. Si leemos las alegaciones de la parte actora, son numerosos los casos de la jurisprudencia (de países de *Common Law*, en especial de Reino Unido) citados en los que parece de entrada plausible que una matriz responda por no cumplir con el debido cuidado en cuanto a las actividades de sus filiales, no siendo incompatible con la normativa de Nigeria. Por otra parte, el tribunal tampoco encuentra justificado el "legítimo interés" en el caso de los documentos solicitados acerca de los oleoductos y su mantenimiento porque considera que los demandantes no han conseguido contestar al argumento *Shell et. al* según el cual las fugas se deben a sabotaje. Las exigencias para justificarlo parecen bastante elevadas si tenemos en cuenta que, desde el punto de vista de los demandantes, son precisamente esos documentos relativos al mantenimiento los que lo permitirían, en una suerte de círculo vicioso.

La cuestión aquí es si esa exigencia es razonable cuando se trata de garantizar la defensa y la igualdad de armas en el proceso; es decir, hasta qué punto es necesario fundamentar la necesidad del documento - siempre que sea razonable y esté conectado con el caso, en una interpretación más favorable a las víctimas del "legítimo interés"- dada la desigualdad evidente entre las partes; hasta que punto es la motivación del tribunal razonable y, por tanto, suficiente.

El perjuicio que puede causar denegar a una parte la posibilidad de acceder a determinados documentos que finalmente sí fueran relevantes frente al que causa el hecho de que se aporte, en el peor de los casos, un documento "inútil" al proceso, es infinitamente mayor en términos de

administrar justicia de manera eficaz y eficiente que el de aceptarlo, siempre que de entrada parezca razonable, útil y pertinente²⁸⁶. Ello sin entrar en posibles consideraciones acerca de si una interpretación tan exigente de los requisitos del artículo 348a del Código de procedimiento civil neerlandés pudiera suponer una denegación de justicia –de un proceso con todas las garantías- en base a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸⁷, sobre todo si tenemos en cuenta el tipo de motivación empleada por el tribunal en la denegación.

Al respecto se pronunciaba Amnistía Internacional en el informe citado *supra*: "A lo largo de toda la sentencia queda patente que los agricultores sencillamente no tuvieron acceso a la información y los conocimientos necesarios para refutar las afirmaciones de Shell. (...) Con arreglo a las normas jurídicas neerlandesas, a fin de obtener de Shell los documentos necesarios, los agricultores prácticamente tenían que probar su alegación antes de que diese comienzo el juicio. Su solicitud de documentos fue denegada. Cuando una parte tiene todas las bazas, unas reglas de divulgación tan restrictivas pueden ser un obstáculo para que se haga justicia. Lo que quiere decir que las profundas desigualdades de poder se perpetúan. Ya es hora de que los tribunales comiencen a reconocer la considerable desigualdad de armas en este tipo de causas e interpreten y apliquen las normas de una manera que

²⁸⁶ La cuestión de la prueba y del acceso a la información es uno de los puntos estratégicos en este tipo de litigios. Tanto es así que, en EE.UU., el Foreign Legal Assistance Statute (28 U.S.C. §1782) está siendo utilizado para compensar los escollos que los demandantes encuentran a la hora de conseguir información en litigios transnacionales, ya que "[i]t allows plaintiffs in a foreign legal proceeding to ask a US federal court to obtain evidence from US people or companies who may have relevant information". Vid., Ley sobre la Asistencia Jurídica Internacional o *Foreign Legal Assistance Statute* (28 U.S. Code §1782), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782> [Consulta: 13/3/2014]. La ONG EARTHRIGHTS INTERNATIONAL ha desarrollado una guía al respecto para los abogados que defienden este tipo de causas. Vid., EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, "Foreign Legal Assistance", presentación y factsheet disponibles en inglés en: <http://www.earthrights.org/legal/foreign-legal-assistance> [Consulta: 10/5/2015]; BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, Annual..., op.cit., p. 8.

²⁸⁷ Si esta denegación de documentos pudiera constituir una violación del derecho consagrado en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos que el tribunal neerlandés sí se ve obligado a respetar con independencia de que esté aplicando una ley extranjera al fondo del asunto es una cuestión que podría analizarse a la luz de la jurisprudencia y de la interpretación de dicho artículo. Vid. L. KIESTRA, "Art. 1 ECHR and Private International Law", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1/ 2011, pp. 2-7, p. 6.

subsane los desequilibrios".

Respecto a esta cuestión ha sido de vital importancia el proceso contra SPDC y RDS en Reino Unido, en el caso Bodo, en el que Shell fue obligada a proporcionar documentos internos sobre el estado de las tuberías y sobre las medidas de seguridad adoptadas para evitar el frecuente sabotaje. Al tratarse en ambos casos (Bodo y Goi, uno de los tres que se juzgan en La Haya) de la misma tubería, y al demostrar tales documentos que ésta se encontraba en un lamentable estado y debería haber sido cambiada mucho antes y, también, que Shell no había puesto en funcionamiento ningún sistema de control de la presión para detectar las fugas, quizás la decisión del tribunal en segunda instancia respecto a la responsabilidad de RDS y SPD en el caso Goi pueda ser distinta a la formulada por el Tribunal de Distrito²⁸⁸. Esto pone de manifiesto la gran importancia de las previsiones jurídicas de revelación de documentos en el proceso –mucho más avanzadas y flexibles en sistemas de *Common Law* y su *system of disclosure*- que pueden ser claves para obtener una tutela judicial efectiva y cuya reserva u ocultación no se justifica jurídicamente de ninguna manera en los casos de responsabilidad societaria que nos ocupan.

iv. ¿Es la filial responsable?

No se aprecia responsabilidad de SPDC en base a la sentencia en *Rylands v Fletcher*²⁸⁹, ya que según la ley de Nigeria (Section 11 (5) (c) and (4) (c) Nigerian Oil Pipelines Act, 1956), SPDC sería responsable del daño siempre que los vertidos no hubieran sido causados por sabotaje o con responsabilidad de la víctima de los daños. Al reconocerse el sabotaje como causa directa de los daños no es posible reconocer dicha

²⁸⁸ Vid., "Statements of Appeal", web de *Milieudéfensie*, disponible en: <https://milieudéfensie.nl/english/shell/courtcase/timeline> [Consulta: 5/7/2015].

²⁸⁹ Cámara de los Lores, 17 julio 1868, as. *John Rylands and Jehu Horrocks v Thomas Fletcher* [UKHL 1, LR 3 HL 330]. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html> [Consulta: 12/02/2013].

responsabilidad como sugiere *Milieudéfense*, ni siquiera por el hipotético deber de responder adecuadamente a los vertidos o limpiar la contaminación, ya que eso no encaja en dicho texto legal. Por la importancia de la prueba de si existió o no sabotaje para el resto del litigio y sus resultados, la cuestión probatoria -igualdad de armas, imparcialidad, etc.-reviste especial importancia como ya hemos argumentado previamente.

Sí aprecia el tribunal *responsabilidad por negligencia* (la comisión de "tort of negligence"²⁹⁰) por parte de SPDC ante Akpan *en la ocurrencia de los vertidos*, aunque no así en la respuesta ni en la reparación o limpieza de los mismos. Lo primero se estima porque el tribunal encuentra que SPDC no aseguró suficientemente el pozo IBIBIO-I frente a las frecuentes y previsibles prácticas de sabotaje, que fueron cometidas de una manera muy simple (abriendo las válvulas), habiendo sido esto muy fácil de evitar para la empresa en todo el tiempo previo al sabotaje, a un coste muy bajo. En su opinión, como operador que actúa razonablemente, debería haber asegurado adecuadamente el pozo, pudiendo con ello haber limitado considerablemente o incluso anulado el riesgo tan alto y obvio de sabotaje. Como las partes no muestran desacuerdo en el hecho de que los vertidos podrían no haber ocurrido si el pozo hubiera sido adecuadamente cerrado antes de 2006, se aprecian los requisitos necesarios (de causalidad, proximidad, razonabilidad y previsibilidad) para determinar que existía un deber de cuidado que no fue atendido y que por tanto sí da lugar a responsabilidad de SPDC frente a Akpan.

iv. Sabotaje: ¿En qué medida justifica la exoneración?

²⁹⁰ Podemos definir el "tort of negligence" como "el fallo en ejercer un estándar de conducta que una persona razonablemente prudente debió haber ejercido en una situación similar". Vid., B.A. GADNER, *Black's Law Dictionary*, 8a Edición, Thomson West, 2004, pp. 3282 y ss.; W. L. PROSSER, W.P. KEETON, *Prosser and Keeton on Torts*, 5a Edición, West Group, 1984, pp. 160 y ss. Presenta los siguientes elementos característicos: 1) Un deber de cuidado, 2) El quiebre de dicho deber por una persona, 3) Un nexo causal entre la conducta y el daño que se produce por el quiebre del debido cuidado, y 4) Un daño actual, no futuro.

Habría sido interesante, a la vista de los resultados y argumentaciones expuestos, que el tribunal hubiera clarificado qué pasaría en caso de que no hubiera sido el sabotaje la causa de los vertidos sino la inadecuada protección o mantenimiento de las instalaciones, respecto de la responsabilidad de la matriz. Reconocer el sabotaje como causa de los vertidos deja escaso margen a la responsabilidad, tanto de RDS como de SPDC; se limitaría pues a las medidas de seguridad adoptadas para evitarlo, razonablemente, teniendo en cuenta lo generalizado del fenómeno y en base a los métodos habituales utilizados. ¿Puede exigírsele a una empresa de acuerdo al Derecho de Nigeria la adopción de medidas de seguridad a sabiendas de la conflictividad y de los usuales sabotajes? ¿Hasta qué punto se encuentra satisfecho este deber de cuidado con independencia del resultado final de que exista o no un vertido por parte de SPDC y, en su caso, de RDS? ¿Basta el hecho de conocer los riesgos y ser capaz de intervenir para evitarlos para que pueda estimarse la responsabilidad? Sin duda, la cuestión es cuanto menos discutible. En nuestra opinión la situación del país -en la que los sabotajes son frecuentes- era lo suficientemente grave y previsible como para que a una empresa que desarrolla actividades peligrosas directamente afectadas por las prácticas de sabotaje, se le exigiera un cuidado especial y la responsabilidad, si no ya objetiva -algo que en ausencia de ley no podía reconocerse-, presumible salvo prueba de la diligencia debida con un nivel de exigencia mayor -en las cautelas y medidas de seguridad- al que la sentencia que comentamos parece requerir.

c) No se aprecia ilícito frente a Milieudéfensie, la ONG.

Tampoco se estima la responsabilidad frente a Milieudéfensie porque el hecho de que sea parte legitimada según el 3:305 del Código civil neerlandés para proteger intereses de terceros, no implica que el daño sufrido por esos terceros pueda ser considerado daño causado a Milieudéfensie. Además, en *common law*, no existe proximidad alguna, según el tribunal, entre SPDC y la ONG en Ámsterdam por ningún daño

producido en Nigeria, y por tanto no puede apreciarse deber alguno de cuidado. Todo ello hace que se desestime la petición de reconocimiento de responsabilidad ante Milieudefensie.

d) No existe responsabilidad por mala respuesta o falta de limpieza.

Tampoco se aprecia la comisión de un ilícito por negligencia, *tort of nuisance*, por hechos cometidos por un tercero; es decir, el hecho de "no impedir" el sabotaje o no responder ni limpiar adecuadamente la zona no constituye un *tort of nuisance* en el marco de los derechos de licencia concedidos por el gobierno nigeriano a SPDC. Amnistía Internacional²⁹¹ señala esta deficiencia en la legislación nigeriana: "constituye un grave problema dado que, si la limpieza de la contaminación de petróleo se realiza de manera inadecuada y sufre retrasos, pueden agravarse los daños causados al medio ambiente y los derechos humanos de las personas, en especial, el derecho a la salud, la alimentación, el agua y los medios de vida".

El tribunal desestima ambas peticiones en relación a la respuesta insuficiente de SPDC a los vertidos y a su limpieza, ya que por un lado, la empresa no pudo entrar en los terrenos de la comunidad en repetidas ocasiones por negativas de la comunidad de Ikot Ada Udo hasta noviembre de 2007, admitiendo el tribunal los esfuerzos alegados por parte de la empresa para responder y remediar dichos vertidos. Por otra parte, en cuanto a la limpieza, el tribunal no reconoce la petición de los demandantes por encontrar que no está suficientemente probado que el método utilizado para la limpieza (*RENA method*) implique ya de por sí que la contaminación por petróleo de los vertidos no fue adecuadamente limpiada en esa zona concreta sólo en base a que en el informe de Naciones Unidas²⁹² para Ogoniland se considera poco efectivo, ni

²⁹¹ A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), op. cit.

²⁹² En efecto, 4 de agosto de 2011, la publicación del informe "Evaluación ambiental de Ogoniland", del Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente reveló problemas graves y sistemáticos en las actividades de limpieza de Shell en dicha región del Delta del Níger, que

tampoco basándose en la afirmación de que los certificados emitidos por el gobierno no son fiables ni demuestran la limpieza efectiva.

e) *Tort of trespass* y vulneración de los derechos humanos: desestimados.

Tampoco aprecia el tribunal un ilícito por usurpación de tierras (*tort of trespass to chattel*) contra Akpan. Asimismo ocurre con la alegada violación de sus derechos humanos -violación del derecho humano a la integridad física por vivir en un ambiente contaminado-, ya que según el tribunal no existe precedente jurisprudencial en Nigeria en el que se reconozca la responsabilidad de una empresa por violación de los derechos humanos de una manera "no activa", por negligencia (*in horizontal relationships*), por actos cometidos por terceros -en este caso, por sabotaje-. En el precedente alegado por Milieudefensie et al., el caso *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Company* (SPDC)²⁹³, la empresa había violado un derecho humano con su conducta activa y deliberada de quemar gas durante un largo período de tiempo.

d) Excepción de orden público, derechos humanos y medio ambiente: Nigeria y su Derecho condenados por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental.

no cumplía con las normas medioambientales estipuladas en la legislación nigeriana ni tampoco con sus propias normas. El informe afirmaba que más de medio siglo de operaciones de explotación de los recursos petrolíferos en la región Ogoni -por empresas como Shell-, había causado un daño mucho más profundo que el que previamente había sido estimado. Si bien es cierto que, de los tres poblados vinculados a los juicios en Holanda, sólo uno, Goi, pertenece a la región Ogoni (Oruma está en el Estado Bayelsa e Ikot Ada udo en el Estado Akwa Ibom), este informe es aportado por los demandantes para reforzar sus tesis de falta de respuesta, daño medioambiental y limpieza inadecuada del territorio. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), "Environmental Assessment of Ogoniland Report", agosto 2011, disponible en: <http://www.unep.org/disastersandconflicts/CountryOperations/Nigeria/EnvironmentalAssessmentofOgonilandreport/tabid/54419/Default.aspx> [Consulta: 30/1/2013].

²⁹³ Tribunal Federal Supremo de Nigeria en la división judicial de Benin, 14 noviembre 2005, as. *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Company*, [FHC/B/CS/53/05], disponible en: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/418-nigeria-gbemre-v-shell-petroleum-development-company-nigeria-limited-and-others-2005-ahrlr-151-nghc-2005.html> [Consulta: 15/02/2013].

A la vista de las críticas al resultado de aplicar el Derecho nigeriano que hemos mencionado, cabe preguntarse si la excepción de orden público podría haber jugado algún papel en aquellos puntos controvertidos. Especial interés merece el tema a la vista de la sentencia -histórica-dictada en diciembre de 2012 por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental en el caso SERAP (Proyecto de Derechos Socioeconómicos y Rendición de Cuentas) vs. Nigeria²⁹⁴, en la que se declara por unanimidad responsable al gobierno de Nigeria de los abusos cometidos por las compañías petroleras, dejando claro que el gobierno debe exigir responsabilidades. Igualmente el tribunal declara que Nigeria violó los artículos 21 (derecho a las riquezas y a los recursos naturales) y 24 (sobre el derecho a un medio ambiente general satisfactorio) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no proteger al Delta del Níger y a sus habitantes de las actividades de las compañías petroleras; por ello, se invita a *reforzar la legislación nigeriana* y las instituciones a fin de que sean más efectivas en esta línea porque no hacerlo constituye una violación de las obligaciones y compromisos internacionales de Nigeria en materia de derechos humanos.

Si tenemos en cuenta esta sentencia y todos los informes al respecto - de varias ONG, de la ONU, etc.-, ¿podríamos considerar que la aplicación del Derecho nigeriano, por ser insuficiente y no garantizar suficientemente los derechos humanos -empezando por el derecho a una tutela judicial efectiva, siguiendo por el derecho a vivir en medio ambiente satisfactorio, a la salud, etc.-, justificaría alegar una excepción de orden público para aplicar, en su lugar, el Derecho neerlandés²⁹⁵? Si bien ya sabemos que

²⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO), as. *SERAP vs. Federal Republic of Nigeria*, ECW/CCJ/APP/08/09, 14/12/2012, texto de la sentencia en inglés disponible en: http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf [Consulta: 10/2/2013].

²⁹⁵ "Foreign law must be disregarded if that law or its application is in contravention of international public order under private law. This is the case if (the application of) the foreign law would infringe the fundamental principles of the Dutch legal system. The rule must be applied in

esta excepción ha sido reconocida en escasas ocasiones²⁹⁶, quizás debería interpretarse menos restrictivamente cuando el vínculo con el país en cuestión de la Unión Europea sea lo suficientemente fuerte o el riesgo de que la adecuada tutela judicial o el respeto a los derechos humanos no sea garantizada aplicando dicha ley sea alto y previsible. Ahora, con la vigencia del Reglamento 864/2007, la elección por parte del demandante del ordenamiento aplicable -si en el sentido de lo argumentado en el capítulo introductorio, la elección es real entre dos ordenamientos diferentes- esta excepción podría ser menos necesaria en cuanto que lo previsible es que en la inmensa mayoría de los casos los demandantes elijan aquel ordenamiento que proteja con mayores garantías sus derechos y favorezca sus pretensiones.

En definitiva, este caso, y a expensas de lo que dicte el tribunal neerlandés en segunda instancia, ejemplifica claramente los obstáculos que enfrentan los perjudicados por daños ambientales transnacionales para acceder a la justicia en los países de domiciliación de las sociedades matrices que reciben el beneficio de las actividades riesgosas que provocaron el daño, así como la problemática social, medioambiental, política y jurídica que apuntábamos en la introducción y que nos permite analizar las cuestiones aún sin resolver satisfactoriamente en el ámbito del Derecho, en parte por el incierto *régimen de imputación de responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades multinacionales*²⁹⁷, por la escasez de normas de Derecho material

a restrictive manner. The sole fact that the foreign law differs from Dutch law is insufficient grounds to invoke public order, even if the Dutch law in question is of a mandatory nature. If it is not the rule itself but rather its application that may potentially breach the public order, the assessment of this may then partly depend on the extent to which the case is linked to Dutch jurisdiction. Public order may be invoked, even if the regulation in question does not contain a provision to this effect". Disponible en: COMISIÓN EUROPEA, "Applicable Law –The Netherlands", pº II.4, http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm [Consulta: 10/03/2013].

²⁹⁶ Si bien la ley neerlandesa prevé la excepción de orden público, su reconocimiento hasta la fecha en casos de violaciones de derechos humanos e ilícitos ambientales sigue siendo «terra incognita», sólo utilizado excepcionalmente en casos de Derecho de familia y de la persona. Vid., A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, op. cit., p. 55.

²⁹⁷ P. DE MIGUEL ASENSIO, "Responsabilidad civil...", op.cit.

uniforme, por la heterogeneidad y el carácter residual de las soluciones nacionales, por la interacción de sistemas jurídicos continentales y de *common law*²⁹⁸, por la dificultad probatoria, por la aplicación del Derecho del lugar del daño que en estos casos remite con frecuencia a ordenamientos en los que la responsabilidad de los grupos societarios transnacionales es poco más que una utopía, siquiera sobre el papel...

A continuación, veremos cómo el principio de responsabilidad limitada y separación entre personas jurídicas, en la medida en que constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y un dogma carente de justificación en muchos supuestos si nos atenemos a su aplicación sin matices, podría ser limitado en supuestos de responsabilidad extracontractual de grupos de sociedades cuyas matrices se encuentren domiciliadas en un país de la UE, vía un deber de cuidado que ha sido vulnerado de manera directa respecto de los hechos por la matriz –como se pretendió en el caso *Akpan*–, o bien debido a la dependencia societaria en la cual el control efectivo de una sociedad por otra justifica la responsabilidad de ésta última en los hechos de los que deriva la responsabilidad. Igualmente, abordaremos las cuestiones procesales, como las presunciones que faciliten la prueba, como parte esencial del acceso a la justicia en este tipo de litigios.

Estas cuestiones son esenciales para la investigación posterior en el ámbito del Derecho internacional privado de manera específica. Así, la eventual existencia (la de una responsabilidad de la matriz) serviría no sólo de fundamento para la conexión del supuesto con el foro del país europeo en cuestión, sino también de elemento de coherencia en la aplicación de la norma de conflicto por excelencia en materia de daños ambientales (art. 7 del

²⁹⁸ De hecho, una de las cuestiones problemáticas e interesantes que se han puesto de manifiesto en la segunda instancia –pendiente de sentencia– ha sido cómo el hecho de que un juez neerlandés conozca de un caso aplicando el *Common Law* –Derecho nigeriano– le puede limitar en el desarrollo del Derecho o, por el contrario, puede no limitarse estrictamente a los precedentes jurisprudenciales cuando de las circunstancias específicas él entienda que no cabe su aplicación ortodoxa. Vid., Statement of Defense on Appeal to Shell's Statement of Appeal (phase 1), Court of Appeal of The Hague, Docket date: 23 December 2014, p. 18. Texto completo disponible en: <https://milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-courtcase-defense-to-shells-statement-of-appeal> [Consulta: 5/5/2015].

Reglamento 864/2007) y en su concordancia con el Reglamento 1215/2012. Con ello, qué duda cabe de que la mejora en el acceso a la justicia, formal y materialmente, sería considerable. De igual forma, la existencia de presunciones podría facilitar la prueba de la legitimación material e incluso, de la admisión a trámite de la demanda si el foro de conexidad u otro de competencia judicial internacional exige la prueba de algún vínculo no meramente formal con el fondo del asunto.

3.4. La flexibilización del principio de responsabilidad limitada y del de separación entre personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de los grupos de sociedades. Sus implicaciones en materia de prueba de la legitimación y del nexo causal.

Sin duda, el principio de responsabilidad limitada e independencia entre personas jurídicas distintas, unido al hecho de que abordamos daños a distancia²⁹⁹, suponen obstáculos muchas veces insalvables a la hora de, una vez admitida la demanda, probar la legitimación pasiva de la matriz y el nexo causal entre su actuación y los daños. Esto tiene una implicación procesal fundamental en estos litigios internacionales ya que el éxito de las pretensiones de los demandantes dependerá no sólo de la flexibilización que pudiera hacerse de tales principios –dado que se trata de acreedores involuntarios y están en juego intereses mercedores de especial protección- sino, de manera especial, de cómo se configure la carga de la prueba, cuestión que es típicamente regulada por la *lex causae*³⁰⁰, siendo ésta la que determinará la posibilidad de aplicar alguna presunción.

²⁹⁹ Esto es así siempre que se considere o se pretenda que la matriz sea responsable porque su actuación se encuentre en el origen del daño, sea por acción u omisión directa, sea por el incumplimiento del deber de vigilancia; teniendo en cuenta que el daño se verifica en el país de domicilio de la filial, se trata pues de un ilícito a distancia.

³⁰⁰ Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, vol. I, Ed. Comares, 15ª edición, Granada, 2015, p. 757; en especial para obligaciones extracontractuales, en el mismo sentido: IBÍDEM, vol. II, p. 1184 (ex. art. 22.1. Reglamento 864/2007). Es éste otro de los motivos que puede guiar la elección de la ley aplicable por parte de los demandantes –entre la del lugar de verificación del daño y la del origen del mismo-, en el sentido de escoger aquélla que prevea ciertas presunciones o facilidades probatorias para sus pretensiones, algo que determinará en alto grado el éxito de sus pretensiones.

Esta prueba se realizará en el juicio, una vez admitida a trámite la demanda y realizada la audiencia previa, ya que tanto la legitimación material o *ad causam* como la prueba del nexo de causalidad son cuestiones de fondo. En España, la admisión a trámite de la demanda –que se decidirá según la *lex fori*–, depende de cuestiones exclusivamente procesales, sin que exista, como sí ocurre en otros países, un juicio previo de “accionabilidad”³⁰¹ –vs. “admisibilidad”–, esto es, un juicio positivo sobre la apariencia de fundamentación de la demanda en la jurisdicción civil (por ejemplo, en Derecho alemán).

Por tanto, es importante tener en cuenta que, dependiendo del país de la UE en el que se presente la demanda, los requisitos de admisibilidad pueden ser más exigentes y por tanto sea necesario abordar ciertas cuestiones de fondo. En este caso, plantear indicios de dependencia societaria o utilizar presunciones como las que plantearemos en fase de admisibilidad de la demanda podría tener sentido y revelarse fundamental para el acceso a la justicia. Y es que, si son defendibles estos mecanismos a la hora de determinar la responsabilidad, cuánto más lo serán si lo que está en juego es la admisión a trámite de la demanda.

Ahora bien, si la demanda se presenta ante tribunales españoles, según la ley española (art. 440 LEC), el secretario judicial admitirá a trámite la demanda³⁰² dando cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión sólo en los siguientes casos: 1) cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal o 2) cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Secretario Judicial. Sobre el primer de los supuestos ahondaremos en el capítulo II.

³⁰¹ IBIDEM, op.cit., p. 748, que hace referencia a cierta fundamentación sustantiva o justificación de las pretensiones.

³⁰² Excepto en los casos expresamente previstos en la ley y con el límite de que exista buena fe procesal. Vid., arts. 247 y 403 LEC; 11 LOPJ.

Nuestro interés se centra pues en este punto en determinar de qué manera puede comunicarse o compartirse la responsabilidad en el grupo por actos que han perjudicado a terceros en el marco de una relación no contractual, de manera que pueda estimarse la legitimación material pasiva de la matriz (que aparentemente presentará una vinculación con los daños menos directa) y su vinculación causal con los hechos.

El interés en este estudio es doble: por una parte, porque como ya dijimos, conocer las realidades sustantivas y su regulación jurídica material es esencial para analizar las conexiones que fundamentan los foros y justificar posibles propuestas, como abordaremos en el capítulo II. Por otra parte, porque los mecanismos que posibilitan la inversión de la carga de la prueba así como la flexibilización de los principios de separación entre personas jurídicas y responsabilidad limitada son esenciales para la obtención de una justicia efectiva, revelándose como fundamentales en la mayor parte de los casos mencionados. De especial interés resulta el reciente caso *Akpan vs. Shell*, vid. *supra*, en el que una de las controversias fundamentales en el proceso gira en torno a la obligación de la parte demandada de proporcionar información que está en su poder para poder demostrar la vinculación entre las sociedades y la consecuente responsabilidad.

Por ello, aunque se trate de cuestiones de fondo, en su calidad de obstáculos fundamentales para el acceso a una justicia efectiva y por la importancia de su comprensión para la fundamentación y el análisis de los foros de competencia, abordamos a continuación las distintas posibilidades – algunas ya utilizadas jurisprudencialmente y otras analizadas como alternativas- para que los principios ya archimencionados se flexibilicen en atención a la especial naturaleza de la relación procesal que se establece en estos casos, en los que el poder de las partes es considerablemente desigual y en la que los intereses en juego merecen una protección especial frente al blindaje que proporciona a los grupos societarios la independencia entre las distintas empresas que lo conforman.

No hay que olvidar que el grupo de sociedades *per se* no tiene responsabilidad, ya que no es considerado persona jurídica³⁰³. Por tanto, la responsabilidad podrá ser de la sociedad dominante o de la filial –en caso de grupos en los que existe una estructura jerárquica o de subordinación–, pero también de los administradores o de otras sociedades que formen un grupo horizontal o de coordinación, según la configuración de la estructura de la *red policorporativa*³⁰⁴ que identificamos en las empresas de grupo.

Desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se han elaborado distintas teorías para evitar los resultados ineficientes e injustos de la aplicación sin matices del principio de separación societaria y de responsabilidad limitada en el seno de un grupo societario transnacional. Podemos resumirlas en tres³⁰⁵:

- a) La *entity law approach* o “enfoque de la entidad jurídicamente independiente”³⁰⁶: es el enfoque tradicional según el cual cada sociedad es independiente, ignorándose cualquier realidad de vinculación y dirección unitaria. Esta independencia solo puede negarse, de manera excepcional y hasta la fecha, ante indicios claros de fraude de ley, mediante la técnica del levantamiento del velo y las diversas teorías vinculadas al mismo (*alter ego, agency, etc.*)³⁰⁷.

³⁰³ La mayoría de la doctrina se muestra contraria a considerar la responsabilidad global del grupo como tal. Vid., P. GIRGADO PERANDONES, La responsabilidad..., op.cit., pp. 29-31.

³⁰⁴ Denominación propuesta por G. TEUBNER y recogida, entre otros, por P. GIRGADO PERANDONES, La responsabilidad..., op.cit., p. 26 (nota 4).

³⁰⁵ Ampliamente en: P. GIRARDO PERANDONES, op.cit., pp. 32-48.

³⁰⁶ Las traducciones son propias de la autora. Como P. GIRGADO PERNANDONES las cita originalmente en inglés, continuaremos haciéndolo en esta lengua.

³⁰⁷ Algunos autores denominan a esta vía para imputar la responsabilidad a la matriz *imputability approach*, sugiriendo una flexibilización de los requisitos de prueba en atención al interés especial que se protege. El otro mecanismo, estudiado *infra* a propósito de las presunciones, se denomina *system approach*, estableciéndose un deber de cuidado de la matriz que la hace responsable en caso de incumplimiento. Vid., M. REQUEJO ISIDRO, Violaciones..., op.cit., pp. 115 y 116 y bibliografía allí citada.

- b) La *enterprise approach* o “enfoque de empresa como unidad”: las empresas del grupo no tienen independencia jurídica sino que se consideran un todo unitario debido al control que la sociedad dominante ejerce sobre las dominadas³⁰⁸. Esto es, al contrario de lo que ocurre en la primera, se ignora la diversidad jurídica y económica en una visión unitaria del grupo. La fuerte oposición de los sectores empresariales y las reticencias doctrinales³⁰⁹ han impedido cualquier concreción normativa de esta aproximación.
- c) La *dualist approach* o “enfoque dualista”: proveniente de la doctrina alemana, diferencia entre los *grupos contractuales* basados en la existencia de un contrato de dominio que por tanto justifica la responsabilidad de la sociedad dominante respecto de las pérdidas de la filial y también, en caso de integración, la responsabilidad solidaria, y, por otra parte, los *grupos fácticos*, en los que no existe contrato y en los que se admitiría solo la compensación a terceros -o, en su defecto, a la sociedad dominada- por parte de la dominante por las directrices perjudiciales emitidas siempre que no haya existido la adecuada diligencia (“*director de negocios ordenado y leal*”). La complejidad de esta teoría, que intenta conciliar la diversidad y la unidad, es elevada y ello dificulta la aplicabilidad práctica. Fruto de

³⁰⁸ Existe una variante a esta aproximación formulada por G. TEUBNER que no se refiere exclusivamente a la responsabilidad de la matriz, sino a la de cualquiera de las empresas pertenecientes a la red policorporativa en función del nivel de conexión o relación cruzada que mantengan, de tal manera que cualquiera podría responder, no necesariamente la matriz. Este análisis acoge la variedad organizativa vista supra y las diferentes evoluciones estructurales que hacen cambiar a los grupos desde una organización más jerárquica a otra más horizontal o de red. Vid., G. TEUBNER, *Unitas Multiplex. das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen*, ZGR, 2/1991, pp. 189-217, citado por P. GIRARDO PERNANDONES, op.cit., p. 34.

³⁰⁹ Entre otros muchos, M. EROGLU destaca que el enfoque está basado en una concepción absolutamente vertical y jerárquica de los grupos que ignora las complejas y variadas realidades de conexión empresarial intra-grupo, lo cual no permite ofrecer una solución adecuada aunque facilite la imputación de responsabilidad, sobre todo en los casos en que la organización de la estructura societaria es más horizontal –sin que necesariamente la responsabilidad deba atribuírsele a la “matriz” sino a cualquier empresa del grupo-. Dicho autor considera atractivo un posible régimen de responsabilidad en el que las víctimas puedan elegir a qué empresa demandar de las pertenecientes al grupo, sin que tenga que probarse la relación jerárquica o de control de una sobre otras, por la previsión de una responsabilidad directa. *A priori* y sin más detalles, esta opción nos parece discutible. Vid., M. EROGLU, p. 263.

esta constatación se elaboró jurisprudencialmente la posibilidad de que el régimen de la responsabilidad previsto para los grupos contractuales se extendiera a los llamados *grupos fácticos cualificados*, grupos no contractuales cuyas empresas tuvieran la forma jurídica de sociedades de responsabilidad limitada, cuando la dominada estuviera controlada de manera prolongada en el tiempo con abuso objetivo del poder de dirección³¹⁰.

Ninguna de estas teorías es capaz de conciliar de manera efectiva la realidad de la vinculación entre empresas del grupo societario y la diversidad de personas jurídicas que lo componen, haciendo compatible la lícita existencia de esa forma de organización societaria con la necesaria reparación y compensación por los daños irrogados a acreedores involuntarios y a recursos ecológicos.

Ahora bien, dentro de todas estas concepciones, existen mecanismos concretos, ya existentes o posibles, para conseguir, en la práctica, el objetivo buscado: evitar el paraíso de responsabilidad de los grupos multinacionales que en ocasiones utilizan filiales poco o nada solventes y se benefician de sistemas legales y judiciales poco desarrollados a los que externalizan el riesgo de su actividad para evitar, con todo ello, el pago de las indemnizaciones por los posibles daños causados tanto al medio ambiente como a las personas.

Conseguir responsabilizar también a la matriz - al menos cuando sea necesario-, así como evitar que ésta se aproveche de foros y leyes más ventajosos que los del país de origen en el que tributa y en el que disfruta de los beneficios, es uno de los grandes objetivos que el Derecho tiene en su camino por regular justamente las relaciones económicas y empresariales, sin necesidad de llegar a sancionar la existencia del grupo como tal. Y, como afirma J.M. EMBID IRUJO, “corporate groups cannot just be considered a lege ferenda problem but also a genuine lege lata one. Therefore, their legal treatment

³¹⁰ Vid., P. GIRARDO PERNANDONES, op.cit., pp. 37 y 38 y especialmente la bibliografía de la nota 52.

does not solely demand the legislator's contribution: by adequately interpreting the rules in force, jurists can help to resolve basic problems, this being an absolutely necessary and possible task"³¹¹.

Se trata, por tanto, de analizar los mecanismos existentes y los posibles, que consigan, por una parte, demostrar la legitimación pasiva de la matriz y, además, probar la relación causal entre su comportamiento y los hechos dañosos, de manera mediata, a través de su control de la filial o de su deber de cuidado, o inmediata, por su responsabilidad objetiva en los daños. Como ya dijimos, el problema de probar estas cuestiones es un auténtico obstáculo – muchas veces insalvable- en este tipo de litigios, por lo que intentaremos abordar las presunciones como mecanismos facilitadores de la prueba y, por tanto, del acceso efectivo a la justicia. Porque de poco sirve una admisión de la demanda y de la jurisdicción si, en cuanto el tribunal comience a conocer del fondo y se plantee la legitimación pasiva o el vínculo causal, los demandantes son incapaces de aportar las pruebas necesarias. En este epígrafe plantearemos algunas de las que consideramos más factibles³¹², empezando por la que tradicionalmente se ha visto como única alternativa a la independencia de las personas jurídicas, dentro de la primera de las aproximaciones anteriormente descritas (*entity law approach*): el levantamiento del velo societario.

3.4.1. El levantamiento del velo corporativo.

3.4.1.1. El levantamiento del velo en grupos transnacionales de sociedades en supuestos de tráfico externo. La determinación de la ley aplicable.

³¹¹ J.M. EMBID IRUJO, "Trends and Realities in the Law of Corporate Groups", *European Business Organization Law Review*, 1, 30 March 2005, pp., 65-91, esp., p. 90.

³¹² Nótese que en todos los casos nos referimos a la dimensión externa de la responsabilidad. Esto es, no se aborda en este trabajo la orientación interna de la responsabilidad de la matriz como socio de control respecto de sus filiales. Vid., sobre este particular, P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., pp. 136 y ss.

En la actualidad, ante el papel cada vez más protagonista de los grupos transnacionales de sociedades y ante la frecuencia en que casos de daños medioambientales o vulneraciones de derechos laborales, humanos, etc. -que se han verificado en terceros Estados a menudo empobrecidos o con deficientes sistemas legales y judiciales- llegan a tribunales de Europa o América, el levantamiento del velo ha cobrado protagonismo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Especialmente, en lo que respecta a este tipo de daños que ahora nos ocupan, extendiéndose, tímidamente³¹³, desde disciplinas en las que sí se aplicaba más frecuentemente esta teoría a los grupos societarios, como la fiscal o la laboral.

Prueba de ello es su incidencia en algunos de los supuestos más paradigmáticos de responsabilidad por daños ambientales causados por multinacionales; esto es: casos *Bhopal*, *Amoco Cadiz*, *Chevron-Texaco*, *Boliden*, etc³¹⁴. Si bien se ha aplicado con mucha mayor frecuencia en tribunales estadounidenses, ya que los requisitos en los EE.UU.³¹⁵ son más flexibles que en Europa, también en Europa existe una buena muestra de jurisprudencia³¹⁶ que aplica la técnica del levantamiento del velo para identificar ambas sociedades (matriz y filial/es) intentando evitar el resultado injusto que deriva de una concepción rígida y sin excepciones del formalismo de la

³¹³ Contrasta la cantidad de sentencias que estiman la cuestión del levantamiento del velo en materia laboral, por ejemplo, a las que lo hacen en materia civil. También, las que se refieren a administradores de empresas con las que se refieren a grupos societarios. Vid., un análisis detallado en A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., pp. 32 y 33 y jurisprudencia allí citada.

³¹⁴ Sobre estos casos en relación al levantamiento del velo, vid., M. VINAIXA MIQUEL, *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 379-387. Los abordaremos no obstante, a propósito de la determinación de la autoridad competente en el capítulo II.

³¹⁵ Breve aproximación al tema, en la evolución de los criterios jurisprudenciales para admitir el levantamiento del velo en los tribunales estadounidenses en: O. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction...*, op.cit., pp. 36 y ss. Un estudio empírico sobre su aplicación en los tribunales estadounidenses, con los principales motivos de rechazo y éxito, en: R. MCPHERSON & N. S. RAJA, "Corporate justice. An empirical study of piercing rates and factors courts consider when piercing the corporate veil", *Wake Forest Law Review*, vol. 45, nº 3, 2010, 39 pp., disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1585820> [Consulta: 13/3/2015].

³¹⁶ Prueba de ello, en nuestro país, es la amplia y reciente monografía de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Civitas, 2013, 6ªed revisada, 1246 pp. También, sobre la materia en España, destacan: L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, op.cit., 222 pp.; C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo...*, op.cit., 499 pp.

independencia de la persona jurídica, aunque siempre como un mecanismo excepcional, *of last resort*³¹⁷. No obstante, en la búsqueda de la justicia material, este carácter no se ha respetado en todas las ocasiones, incurriendo en un resultado no siempre deseable en términos de fundamentación y seguridad jurídica³¹⁸.

En las situaciones de grupos transnacionales de sociedades como las que nos ocupan, el Derecho internacional privado entra de lleno en juego³¹⁹, con un impacto directo en la viabilidad y en el éxito de una acción que pretenda el levantamiento del velo, no sólo por cuestiones de competencia judicial internacional sino también por la *ley aplicable al levantamiento del velo* para valorar si la legitimación pasiva –material- de las sociedades demandadas es correcta.

Pongamos un ejemplo: los demandantes de un hipotético caso de daños transnacionales en, digamos, Haití, quieren demandar a la filial y a la matriz por los daños de aquélla. Si bien los perjuicios fueron consecuencia directa de la acción de la filial operadora con domicilio en Haití, que es insolvente, la matriz, domiciliada en Francia, posee el 100% de las acciones de la misma y además está implicada en las decisiones de seguridad y desarrollo de la línea de producción. Por tanto, si los perjudicados demandan a la matriz –junto con la filial o exclusivamente-, será necesario, además de que el tribunal francés –en caso de que ése sea el foro elegido- sea competente respecto de la primera – formalmente lo será ya que es una sociedad francesa- y a falta de previsiones

³¹⁷ Así ocurre también en Derecho comparado. Se hace eco de este *remedy of last resort*, en el caso neerlandés, el informe de A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDEN, “The Legal Liability...”, op.cit., pp. 35 y ss.

³¹⁸ P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., pp. 81 y ss.

³¹⁹ Sobre el levantamiento del velo y cuestiones varias de Derecho internacional privado, vid., M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, op.cit., pp. 265-296; IBÍDEM, La responsabilidad civil por contaminación..., op.cit., pp.376-394; C. HO THAM, “Piercing the corporate veil: searching for appropriate choice of law rules”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2007, pp. 22-43, en relación al Derecho inglés; K. F. TSANG, “Applicable Law in Piercing the Corporate Veil in the United States: A Choice with No Choice”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, nº 2, August 2014, pp. 227-264; A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., pp. 30-34 y bibliografía allí citada.

específicas que regulen tal responsabilidad de otra manera (vid. *infra*), que se levante el velo para que la matriz pueda ostentar *legitimación pasiva* –material, ya que de la formal goza por el simple hecho de ser parte-.

No existen hasta la fecha normas de Derecho material uniforme o normas materiales específicas³²⁰ que regulen la cuestión de *qué ley aplicar al levantamiento del velo* por lo que, unido a su complejidad, nos encontramos con que se trata de una pregunta no exenta de debate en el panorama doctrinal, encontrando diversas posturas:

- a) Aplicación, tanto a la determinación de la legitimación como – conjuntamente- a la determinación de la ley aplicable al levantamiento del velo en sede de admisión de la demanda, de la *lex causae*, por la vinculación sustantiva con el mecanismo de la responsabilidad extracontractual³²¹. Esta norma, en el marco de una demanda planteada ante tribunales europeos por daños ambientales, nos remite al art. 7 del Reglamento 864/2007³²², por lo que podrá ser, a elección del demandante, la ley del lugar del daño o, si fueran distintas, la ley del lugar del hecho generador. Volviendo a la interpretación de éste último (vid. *supra* cap. Introductorio), vemos

³²⁰ Nos parecería interesante la propuesta de una *norma de derecho material uniforme* que previese expresamente el levantamiento del velo de las matrices para que respondieran por los daños medioambientales causados por la actividad de sus filiales. Es la propuesta de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (1995), cit. *supra*, sujeta a que las matrices hayan intervenido, aunque indirectamente, en su materialización. Las ventajas de esta norma serían numerosas: mayor seguridad jurídica y menor *forum shopping*, mejor protección a las víctimas y al medio ambiente en última instancia al garantizar mejor la solvencia en el pago de las compensaciones, incentivar el control por parte de las sociedades matrices sobre la actividad de las filiales para evitar los daños, etc. Ahora bien, la necesidad de que su reconocimiento fuera aceptado por parte de todos los Estados para lograr la mayor homogeneidad posible –con previsión también de los requisitos y circunstancias para *levantar el velo*-, hace que su consecución sea difícil. Vid., Résolution de L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "Les obligations des ...", op.cit., pp. 462-471; acogida por M. VINAIXA MIQUEL, La responsabilidad..., op.cit., p. 393 y T. SCOVAZZI, "Industrial accidents...", op.cit., pp. 426 y ss.

³²¹ M. VINAIXA MIQUEL, La responsabilidad civil..., op.cit., p. 390. La autora plantea esta posibilidad pero no la valora como una opción adecuada tanto por los problemas de localización del lugar del acto generador del daño como porque el juez debe resolver en una fase del procedimiento en la que ni siquiera ha entrado a conocer el fondo del asunto e, incluso, su propia competencia. Vid. *supra*.

³²² Vid. *supra*, Introducción, pp. 50 y ss. Recordamos que el Reglamento también se aplicaría a la responsabilidad extracontractual por actos de terceros.

cómo, si se interpretase como el lugar de domicilio de la matriz, se estaría presuponiendo indirectamente “el levantamiento del velo” antes de su mismo planteamiento; porque partiendo de que las dos sociedades son independientes y, por tanto, sin que exista conexión entre ellas, no se entiende cómo el daño pudo generarse en el domicilio de la matriz, sin que exista otra norma –de las que después plantearemos- que determine responsabilidad de la matriz por la falta de diligencia u objetiva. Estaríamos ante una contradicción o un fallo de coherencia en el conjunto de leyes aplicables a esta cuestión y no parece que pueda ser ésta la interpretación más razonable en el actual estado de cosas³²³, aunque pudiera ser conveniente si la acompañaran otras modificaciones en Derecho sustantivo de la responsabilidad intra-grupos.

- b) Aplicación de la *lex societatis*, ya que es ésta la norma que regula la responsabilidad patrimonial de la sociedad y de sus socios. No pocos autores son partidarios de considerar que esta cuestión del levantamiento del velo, que en última instancia pretende determinar la responsabilidad patrimonial, debe ser regida por la *lex societatis*³²⁴. Como excepción se considera que, en caso de actividades de alto riesgo, si tal ley no garantiza suficientemente la capacidad de hacer frente por parte de la sociedad a los daños, se podrá aplicar la ley del lugar del daño, en base a la *teoría de la apariencia*³²⁵.

³²³ Para M. VINAIXA MIQUEL tampoco es una solución adecuada pero, al referirse a la norma de conflicto aplicable con anterioridad al Reglamento 864/2007, señala, como principales obstáculos, la interpretación de la localización del lugar del acto generador del daño –conflicto parecido al apuntado *supra*- y el hecho de que el juez deba resolver su interpretación y aplicación en un momento procesal en previo a conocer sobre el fondo de la cuestión, con la inseguridad jurídica que tales cuestiones pueden plantear. Vid., M. VINAIXA MIQUEL, La responsabilidad civil..., op.cit., p. 390.

³²⁴ Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol II, op.cit., p. 682, citando a F. VISCHER; A. YBARRA BORES, “La persona jurídica” en: AA.VV., Lecciones de Derecho Civil Internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 325.

³²⁵ Vid., F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, op.cit., pp. 258-263; tesis ésta citada y acogida por A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 215, y por M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, op.cit., p. 292.

- c) Propuesta, por parte de la doctrina, de una *norma de conflicto específica* para esta cuestión del levantamiento del velo. En este sentido, algunos autores como T. SCOVAZZI, haciendo referencia al Código de Conducta elaborado por el Centro de Sociedades Transnacionales de las Naciones Unidas en 1986³²⁶, recomienda una norma de conflicto en la que es la víctima de los daños la que debe elegir entre la ley del lugar de incorporación de la filial o la de la matriz³²⁷, con el mismo efecto que resulta de aplicar la *lex causae* en relación a las obligaciones extracontractuales con el Reglamento 864/2007 (vid. *supra a*).

En caso de que de esta determinación, el Derecho español resultare el aplicable al levantamiento del velo, y con la intención de profundizar en cómo esta cuestión puede afectar al derecho de acceso a la justicia que en este trabajo valoramos, respecto a nuestro supuesto de hecho en el tráfico externo, nos aproximamos a continuación a su regulación en nuestro Derecho interno.

3.4.1.2. Su construcción en Derecho español.

En Derecho español, esta técnica, de construcción jurisprudencial, de aplicación excepcional y subsidiaria³²⁸, consiste en penetrar el sustrato de la

³²⁶ CENTRO DE NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES (UNCTC), United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, UNCTC Current Studies, Series A, nº 4, Nueva York, Septiembre 1986, p. 22.

³²⁷ T. SCOVAZZI, "Industrial accidents and the veil of transnational corporations", en: F. FRANCONI & T. SCOVAZZI, International Responsibility for Environmental Harm, London, Graham & Trotman, 1991, pp. 395-427, pp. 426 y 427.

³²⁸ La jurisprudencia deja claro que la aplicación restrictiva y excepcional del levantamiento del velo debe estar además acompañada de criterios consolidados y estar siempre sujeta al principio de subsidiariedad, de tal manera que no se aplique siempre que exista otro mecanismo para el cobro de los créditos pendientes, para que la seguridad jurídica se vea mínimamente perjudicada. Vid., SSTs 475/2008, de 26 de mayo [RJ 2008\3172]; 670/2010, de 4 de noviembre; 422/2011, de 7 de junio [RJ 2011\4395]; 326/2012, de 30 de mayo [RJ 2012\6548] y 738/2012 de 13 diciembre [RJ 2013\1249], y sentencias anteriores en ellas citadas. También, A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 33 y jurisprudencia allí citada (nota 86).

persona jurídica para evitar el abuso de un formalismo jurídico –separación e independencia de la sociedad- y desvelar así la realidad material en relación a la personalidad³²⁹, “respondiendo a la idea básica de que no cabe alegar separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, o aparentar insolvencia”³³⁰.

Ha sido la técnica tradicionalmente utilizada para lograr hacer responsable, originariamente, a los administradores sociales por las deudas de la sociedad en cuestión y, posteriormente, con la evolución de los grupos, a la matriz por los daños causados por su filial³³¹ (o en el marco de estructuras menos jerárquicas –grupos horizontales o paritarios-, aunque sea menos frecuente³³², a otras sociedades ligadas por una comunidad de gestión, intereses y beneficios). Y esto así, *estableciendo una solidaridad impropia*,

³²⁹ Así lo refleja la STS de 13 de diciembre de 2012 -con referencia a los grupos de sociedades- cuando señala: “Es cierto que, en algunos supuestos, la jurisprudencia, para no consolidar situaciones indignas de protección jurídica, se ha desligado del mito del hermetismo y de la concepción formalista de la sociedad y ha atendido a la realidad subjetiva de las relaciones creadas, así como a la finalidad de las normas aplicables en cada caso, a partir de una concepción meramente instrumental de la atribución de la personalidad”. STS (Sala de lo Civil), nº 738/2012 de 13 diciembre [RJ 2013\1249].

³³⁰ SAP de Barcelona (Sección 15ª), 18 de febrero 2003, [RJ 2004\14190], F.D. 4º., citando, respecto del uso fraudulento o perjudicial, las SSTS 28 de mayo de 1984 [RJ 1984\2800], 22 de julio de 1998 [RJ 1998\6197], de 22 de noviembre de 2000 [RJ 2000\9313]. En nuestro ordenamiento, tal construcción se ha fundamentado en el conflicto que se aprecia entre el principio constitucional de justicia (artículo 1.1.) y el de seguridad jurídica (artículo 9.3) y, por otro, en base a los principios del Código Civil de buena fe (artículo 7.1), prohibición del fraude de ley (artículo 6.4), equidad (artículo 3.2.) y abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2), así como el respeto a los derechos de los demás (art. 10 CE). Vid., STS (Sala de lo Civil) de 28 mayo 1984 [RJ 1984\2800] y STS (Sala de lo Civil) de 13 diciembre [RJ 2013\1249]. También, C. BOLDÓ RODA, Levantamiento del velo..., op.cit., pp. 229-299.

³³¹ Muchas de las sentencias de levantamiento del velo se refieren a la responsabilidad del administrador, pero nos referiremos aquí, exclusivamente, a la responsabilidad de la matriz frente a la responsabilidad que pueda derivarse, frente a terceros, por la actuación de la filial.

³³² Incluso rechazado en algunos casos por la jurisprudencia en caso de grupos horizontales. Vid., SAP Barcelona 11 marzo 1997, citada por P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 78, nota 218.

*tácita, entre las sociedades coaligadas favorecidas por la actividad del actor*³³³. Así, según la sentencia de Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007:

“La doctrina del levantamiento del velo es un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían "terceros" -los socios o en su caso administradores- en partes responsables a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas (STS 29 de junio de 2006 y las que en ella se citan)”³³⁴.

Algunos autores consideran que la *comunicación de la imputabilidad* de determinadas conductas contrarias a la competencia (arts. 1 y ss. de la Ley de Defensa de la Competencia³³⁵) es en realidad un supuesto de levantamiento del velo³³⁶. Así, cuando exista un *control efectivo* –de la matriz sobre la filial- y se constate que la actuación que la matriz tuvo sobre su filial fue *inadecuada* –contraria a los preceptos de la ley cit. *supra*-, se comunica la responsabilidad de la empresa que realiza la conducta *a la empresa que la determina* (art. 61.2 LDC). En estos casos no es requisito necesario la utilización abusiva de la filial

³³³ STS 13 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9016], citada por la SAP de Barcelona (Sección 15ª), 18 de febrero de 2003 (JUR 2004\14190).

³³⁴ Extracto de la SAP Almería 25 febrero 2014, op.cit., FD. 4º.

³³⁵ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE nº 159 de 04 de Julio de 2007.

³³⁶ C. BOLDÓ RODA, Levantamiento del velo..., op.cit., p. 401; P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 131. Se refieren en sus respectivos estudios a la ya derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (vigente hasta el 01 de Septiembre de 2007). pero la afirmación es extrapolable a la actual (art. 8 anterior vs. art. 61.2 vigente).

por parte de la matriz, sino la infracción de tales preceptos unido a la existencia de un control efectivo. Aunque el ámbito propio de esta responsabilidad es el contractual, no se excluyen situaciones de responsabilidad extracontractual con esta misma base³³⁷.

Los intentos de regular en materia de daños al medio ambiente el levantamiento del velo han sido infructuosos en normas supraestatales (en especial, la Propuesta de Directiva sobre la responsabilidad civil por los daños y deterioros ambientales causados por los residuos de 1991³³⁸) y nacionales. Entre éstas últimas destaca el art. 2.1 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental, que preveía la extensión de la responsabilidad de la filial a la matriz por los daños causados por contaminación, previa aplicación del levantamiento del velo³³⁹ y, el actual art. 10 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Según éste, en el supuesto de que el operador sea una sociedad mercantil que forme parte de un grupo de sociedades, según lo previsto en el artículo 42.1 del Código de Comercio, la responsabilidad medioambiental regulada en la Ley podrá extenderse igualmente a la sociedad dominante cuando se aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley.

Esta previsión que, por otra parte, no añade contenido normativo –ya que el levantamiento del velo podría aplicarse igualmente sin él, en casos de abuso de derecho o fraude de ley–, solo se aplica, recordando el carácter administrativo de la ley (vid. *infra*) en caso de daños ecológicos y, más allá, sólo en aquellos casos en los que fuera el Derecho español, según las normas

³³⁷ P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 132. Nótese que estos dos presupuestos posibilitarían la comunicación de responsabilidad en otros ámbitos, como el medioambiental, siempre que se reconociera en una ley el deber de la matriz tal y como se fija en el art. 61.2 LCD actual (antiguos arts. 7 y 8 LDC, con una redacción modificada).

³³⁸ DOCE, C, 192/6, de 23 de julio de 1991. Sobre ella, D.S. BACKST, “Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: the case for the Proposed Civil Liability Directive”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. XIX, nº 2, 1996, pp. 344-347, disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1283&context=iclr> [Consulta: 10/3/2015].

³³⁹ M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, op.cit., pp. 295-296.

de conflicto antes vistas, el aplicable a la cuestión³⁴⁰.

En este trabajo, el levantamiento del velo nos interesa como cuestión de fondo que determinará la legitimación –material³⁴¹- pasiva y, finalmente, la responsabilidad extracontractual³⁴². La legitimación formal que conlleva la admisión a trámite de la demanda habrá de estimarse por su mera afirmación por el actor, ya que lo contrario, como analizaremos en el capítulo II, conllevaría un juicio anticipado de responsabilidad –como cuestión previa- y condicionaría, también, el foro competente si la conexión es por el domicilio del

³⁴⁰ Los intentos en Derecho comparado en el ámbito del Derecho del medioambiente tampoco han dado muchos frutos. Por ejemplo en Francia, pese a la mayor voluntad e inclinación, tanto política como doctrinal, a considerar la responsabilidad de la *société mère* (o, más allá, de la *société grand-mère* o la *arrière-grand-mère*, para evitar que las sociedades interpuestas sin capital suficiente –“*coquilles vides*”- frustren la reparación de los daños) por los actos de alguna de sus filiales en caso de daños graves al medio ambiente, los requisitos impuestos para su reconocimiento han hecho imposible su aplicación –vid., art. 227.I loi “Grenelle II”, du 12 juillet 2010 et la loi 3 août 2009 relative à la mise en oeuvre du Grenelle de l’environnement. Citados en: P. PASCAUD-BLANDIN, La responsabilité de la société mère du fait des actes commis par sa filiale, Mémoire du Master en Entreprise et Droit de l’Union Européenne, Université Paris Sud, 19 septembre 2013, pp. 19-22. Disponible en: master2edue.com/wp-content/uploads/2013/10/MémoirePerlePASCAUD.pdf [Consulta: 10/2/2015]. No obstante, supone un avance significativo en cuanto a que establece una excepción al “sacrosanto” principio de la autonomía de la persona jurídica en caso de daños graves –falta “caracterizada”- al medio ambiente. Muestra de la voluntad política, o al menos retórica, son las declaraciones del actual Presidente François Hollande: “je souhaite que soient traduits dans la loi les principes de responsabilité des maisons-mères vis-à-vis des agissements de leurs filiales à l’étranger lorsqu’ils provoquent des dommages environnementaux et sanitaires”. En la línea de las ya pronunciadas por Nicolas Sarkozy: “il n’est pas admissible qu’une maison mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l’environnement par ses filiales. Il n’est pas acceptable que le principe de responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée”. Vid., Discours de Nicolas Sarkozy lors du discours de restitution des conclusions du Grenelle de l’environnement en octobre 2007, citado por: AMNESTY INTERNATIONAL, “France- Pour une législation...”, op.cit, p. 17.

³⁴¹ Según la STS de 23 diciembre 2005, la legitimación “consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material”.

³⁴² Sobre el levantamiento del velo en los casos de responsabilidad extracontractual en Derecho español, vid., L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, El levantamiento del velo en el proceso civil, Comares, Granada, 2011, p. 77. Según el autor, en estos supuestos no se daría el litisconsorcio pasivo necesario por la solidaridad que existe entre los obligados a resarcir; el Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente sobre la posibilidad de aplicar el art. 1903 del Código Civil a los supuestos de vinculación entre sociedades (IBÍDEM, op.cit., nota 26, p. 78).

demandado (matriz)³⁴³. No hay que olvidar que en otros ordenamientos en los que en fase de admisión de la demanda se analicen cuestiones de fondo para garantizar la correcta fundamentación, este mecanismo o la prueba de alguno de los indicios a éste vinculados sea necesario para que el tribunal acepte a trámite la demanda y se considere competente³⁴⁴, con la problemática que esto puede suponer en términos de prueba y en relación a que se prejuzgue el fondo.

Ahora bien, centrándonos en el ordenamiento español, la legitimación material es una cuestión de fondo y como tal no se dirime ni en la admisión ni en la audiencia previa. La aplicación de la *lex causae* a la cuestión de la legitimación pasiva de la matriz –opción común, como veremos³⁴⁵–, plantea un problema de coherencia: si la *lex causae* se concreta (ex art. 7 Reglamento 864/2007) a elección de los demandantes en la ley del lugar del hecho generador, como ocurrirá presumiblemente en muchos de los casos conocidos en tribunales europeos, su concreción podría implicar un juicio anticipado sobre dónde se generó el daño y, con ello, sobre la implicación de la matriz.

En la sentencia de la *Cour de Cassation* de Francia, de 28 octubre de 2011³⁴⁶, el tribunal consideró que un supuesto en el que una matriz italiana

³⁴³ De hecho, como veremos en el capítulo II, el artículo 4 del Reglamento 1215/2012, no permite que el levantamiento del velo ampare su uso para declarar la jurisdicción sobre una sociedad no domiciliada que dependa de otra que sí lo esté, ya que los demandados son formalmente diferentes y como tal deben ser considerados por la norma de jurisdicción según la doctrina.

³⁴⁴ Siendo cosas distintas. Lo aceptaría si estima, por ejemplo, que existen indicios razonables de que la matriz tiene algún tipo de responsabilidad, ya que si no, si el fundamento de la jurisdicción es la domiciliación de la matriz y aquella no se considera legitimada –materialmente–, la demanda no podría prosperar. Recuérdese que en Derecho español basta la legitimación formal, siendo aquella una cuestión de fondo, por lo que la jurisdicción podría afirmarse sin problemas respecto de la matriz. Ampliamente sobre todas las cuestiones procesales en relación al levantamiento del velo en el proceso civil, vid., L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, op.cit., pp. 19-111.

³⁴⁵ El fundamento es la estrecha relación entre esta institución de la legitimación y la titularidad del derecho subjetivo o de la obligación que sea objeto de litigio. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I, op.cit., pp. 750 -751. Existen algunas excepciones en las que los tribunales, extranjeros, han aplicado la *lex fori* para determinar la legitimación. Las abordaremos en el capítulo III.

³⁴⁶ Citada por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1134.

impidió a una filial francesa cumplir con unas garantías era un ilícito a distancia; esto le llevó a considerar que el lugar del hecho generador era Italia, puesto que era el país en el que se domiciliaba la matriz y donde se tomó la decisión de intromisión, y que el lugar del daño era Francia. Esta interpretación, aplicada a nuestro supuesto de estudio, facilitaría la concreción de la ley del lugar del hecho generador en el de la ley del domicilio de la matriz, sin necesidad de levantar el velo para ello.

Por todos los motivos expuestos, procedemos a analizar en más profundidad el levantamiento del velo respecto de los supuestos de tráfico externo que planteamos por su conexión con algunos de los obstáculos de acceso a la justicia en nuestro supuesto de estudio y por los motivos ya expuestos.

3.4.1.3. Críticas al levantamiento del velo.

Sin embargo, y pese a sus innegables bondades por ser el único mecanismo disponible que puede conseguir, eventualmente y tras una difícil prueba, que la matriz responda por las actuaciones de la filial en los casos que nos planteamos, no se ha considerado, por la mayor parte de la doctrina, como una buena solución para los problemas de acceso a la justicia –formal y material- que se plantean en estos supuestos. Entre otros defectos se señalan: su vaguedad de presupuestos y efectos, la *opacidad valorativa*³⁴⁷ y la consecuente arbitrariedad –dependiendo del Estado miembro que juzgue y, dentro de éste, del juez y de la interpretación concreta de los criterios-, la incertidumbre, la difícil prueba que recae sobre las víctimas, en este caso, del daño ambiental transnacional causado por la multinacional, etc.

³⁴⁷ Sobre las críticas, vid., C. BOLDÓ RODA, *El levantamiento del velo...*, op.cit., pp. 413 y ss.: escaso margen de operatividad, falta de seguridad, etc.; J.M. EMBID IRUJO, “Protección de acreedores, grupos de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9016)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº11, 1999, pp. 363 -373; P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., pp. 80 y ss. Se hacen eco de los problemas de la discrecionalidad judicial y dificultad de prueba numerosos autores; entre ellos, vid., M. EROGLU, op.cit., p. 157; P.T. MUCHLINSKI, “Limited liability...”, op.cit., p. 923 y bibliografía allí citada; A. MAGAISA, op.cit., p. 8.

Algunos autores³⁴⁸ señalan específicamente la limitación de que sólo pueda levantarse el velo en caso de “abuso” –casos de prácticas fraudulentas, ilegales o abusivas- de la separación e independencia entre las personas jurídicas, lo cual excluye la mayoría de los casos por responsabilidad extracontractual que nos ocupan ya que la matriz no se ve directamente implicada en los acontecimientos que dan lugar al daño pero por lo general sí está al corriente –o debería estarlo- de la situación, debiendo actuar para prevenir que tal daño se materializara. Según P. MUCHLINSKI, “extending liability to the parent company in such cases should reduce the risk of moral hazard by placing it on notice of possible liability and thereby to encourage greater attention to reducing risk as opposed to externalising it”³⁴⁹.

Además no hay que olvidar que la extensión del uso de este mecanismo puede provocar un efecto indeseable: la desvinculación y la falta de control de las actividades de la filial –políticas de seguridad, medio ambiente, etc.- por parte de la matriz, porque los indicios de tal control podrían servir para levantar el velo y por tanto para imputarle responsabilidad. Sería por tanto un desincentivo más que un incentivo para la adecuada vigilancia en los grupos societarios transnacionales (“cuanto menos sepa y menos vínculos haya, menos posibilidades de que se levante el velo societario”).

Ahora bien, el miedo a las ineficiencias económicas y, también, a las posibles respuestas empresariales frente a posibles cambios legislativos en este sentido han hecho que ninguna de las principales leyes que regulan el Derecho societario y la responsabilidad se separen, con mayor o menor intensidad de la teoría tradicional basada en los principios de independencia y separación de

³⁴⁸ Vid., M. EROGLU, *op.cit.*, p. 156 y bibliografía allí citada. También se señala como problema el hecho de que dependa de la teoría del “control”, de manera que su aplicación en grupos cuya organización no sea claramente vertical será muy difícil o imposible, hasta el punto de afirmar que: “(...)piercing the veil theory is now obsolete and must be abandoned in favour of liability theories, which should be based on modern structures of MNEs”. (IBÍDEM, p. 158).

³⁴⁹ P.T. MUCHLINSKI, “Limited liability...”, *op.cit.*, p. 923.

personas jurídicas³⁵⁰. Los escasos ejemplos en los que se ha tratado de introducir un régimen de responsabilidad más amplio, como la Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (1980) estadounidense, también están basados en la idea del control ejercido – *capacidad de control, autoridad para controlar, etc.*–, difícil de probar cuando se trata de grupos que no están tan verticalmente integrados³⁵¹.

3.4.2. Presunciones para facilitar la prueba.

En el ámbito de las presunciones, que permitirían, como veremos, un mejor acceso a la justicia en los casos que nos ocupan, debemos hacer una distinción esencial entre dos tipos de presunciones a las que ha hecho referencia la doctrina en materia de grupos de sociedades:

Por una parte, encontramos la presunción de “control”. Esto es: si la matriz, sobre la que recaería la *carga de la prueba*³⁵² (vid. *infra* justificación), no logra desvirtuar la presunción, eso significa que controlaba la actividad de la filial y que, por tanto, debe responder por los daños, en una suerte de responsabilidad objetiva siempre que, lógicamente, exista un comportamiento ilícito que da lugar a un daño, ya que el control en sí mismo no es sancionable; ahora bien, existiendo daño y existiendo un control total, no parece en modo alguno disparatado que se atribuyan las consecuencias del daño a quien en verdad lo provocó, vid. *infra*.

Por otra parte, encontramos una presunción de falta de diligencia. Esto es, configurándose un deber de vigilancia o cuidado por parte de la matriz, ésta

³⁵⁰ M. EROGLU, op.cit., pp. 212 y ss., citando a la Ley alemana de Sociedades Anónimas de 1965 o a la Ley de Sociedades del Reino Unido de 2006 (*Companies Act*, 2006, disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> [Consulta: 19/06/2014]).

³⁵¹ IBÍDEM, pp. 204 y 214.

³⁵² Nótese la diferencia entre la carga de la prueba y la obligación de probar. Vid., P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 132; J. MONTERO AROCA ET AL., Derecho Jurisdiccional II (El proceso civil), 22ª ed., Valencia, 2014, pp. 228 y ss.

deberá demostrar que sí fue diligente y que sí cumplió con todos los estándares de cuidado razonablemente exigibles. Si no fuera así, responderá directamente por los hechos, con independencia de la filial. Esto es, son dos responsabilidades diferenciadas. Veámoslas.

3.4.2.1. Presunción de control.

Ésta es una de las alternativas más propuestas en la doctrina. Se trataría de introducir una presunción legal de la responsabilidad de la matriz por los actos de la filial, que estuviera basada en el control que ejerce la primera sobre la segunda, ya sea real o potencial³⁵³.

Se trataría de una presunción *iuris tantum* de unidad en el grupo por el control de la entidad dominante sobre la dominada, en el que la carga de la prueba –de acreditar la independencia- en el litigio civil recaería sobre la matriz, no sobre los perjudicados. En grupos con un fuerte grado de integración, esta presunción puede ser difícilmente rebatible, sobre todo en responsabilidad extracontractual, ya que en casos de responsabilidad contractual siempre podría expresamente excluirse la responsabilidad de la matriz para evitar la prueba.

Ciertamente, en el supuesto que planteamos y respecto de grupos en los que la matriz tiene, por ejemplo, el 100% de la propiedad de las acciones de la filial, existe identidad de administradores o, entre otros indicadores, las políticas de seguridad y dirección de operaciones son comunes, la presunción puede convertirse *de facto* en un supuesto de responsabilidad objetiva. Es, de hecho, lo que, en el ámbito del Derecho de la competencia en la UE, han

³⁵³ P.T. MUCHLINSKI citando a MENDELSON (2002), vid., P.T.MUCHLINSKI, “Limited liability...”, op.cit., p. 923 y bibliografía allí citada. Es importante considerar que, en los casos de grupos horizontales, de redes policorporativas con complejas interrelaciones, la presunción podría mantenerse pero la responsabilidad no recaería necesariamente en la matriz, ya que siempre que exista un comportamiento que genere responsabilidad, ésta podrá ser atribuida a cualquiera de las sociedades vinculadas que ejercieran influencia en el hecho dañoso concreto, sin que exista una cabeza necesariamente responsable de todas las decisiones. Vid., P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., pp. 98 y 99, citando a G. TEUBNER con su teoría de la “red policorporativa”.

criticado algunos autores en relación a las presunciones de control que se han establecido respecto de los grupos de sociedades, vid. *infra*. Ahora bien, podemos hablar de una responsabilidad objetiva por los hechos una vez probado el control y también, de una responsabilidad como garante³⁵⁴ de la obligación de la filial por esa posición de control, con posibilidad de repetición para la matriz.

Esta inversión de la carga de la prueba no solamente parece más lógica desde el punto de vista de la tenencia de los documentos que pueden acreditar tanto la dependencia como la independencia entre las empresas del grupo, difícilmente accesibles para los particulares afectados (principios de facilidad y disponibilidad probatorias³⁵⁵), sino también porque la *desigualdad entre las partes* suele ser manifiesta, con un desequilibrio de poder sustancial entre, por un lado, el grupo multinacional y, por otro, las víctimas con frecuencia de zonas empobrecidas, con escasos recursos y cuyos daños suelen estar atomizados, quienes se encuentran en una posición que dificulta la prueba y, por ello, merecen mayor protección³⁵⁶. Y esto así para evitar que “la aplicación estricta de la regla de juicio pueda producir situaciones procesales injustas para alguna de las partes, fundamentalmente como consecuencia de una desigualdad material que ocasione que alguna de ellas se encuentre en una posición de

³⁵⁴ A nuestro juicio garante solidario, para evitar estrategias dilatorias y en pro de la eficiencia procesal, siempre que la presunción de control no se desvirtuara. Volveremos sobre el tema de la garantía a propósito de las presunciones en Derecho de la competencia de la UE.

³⁵⁵ Son los principios en los que debe fundamentarse el reparto de la carga de la prueba y que están positivizados en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 217.6 LEC, aunque han sido aplicados por la jurisprudencia desde mucho antes. Vid., M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, La carga de la prueba en la práctica judicial civil, La Ley, Madrid, 2006, p. 144.

³⁵⁶ En muchos de los casos estudiados constatamos que la dificultad a la que tiene que hacer frente las víctimas del daño ambiental, tanto para concretar la relación de causalidad y la dependencia entre matriz y filial –para acreditar la legitimación pasiva de aquélla– es desproporcionada en relación a sus recursos e injustificada dada la relación a la gravedad del daño y a la importancia de los intereses en juego. Vid., sobre cómo la fragmentación de los daños con poca entidad individualmente considerados dificulta el acceso a la justicia, vid., S. COROMINAS BACH, “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº34, 2014, pp. 11 y ss.; sobre la relación de la sociedad globalizada de “riesgos” y la carga de la prueba, G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Carga de la prueba y sociedad de riesgo, Marcial Pons, Madrid, 2004, esp., pp. 25 y ss; sobre la necesaria inversión de la carga de la prueba en materia de daños ambientales en relación al nexo causal, vid., N. ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental...”, op.cit., p. 815 y bibliografía allí citada.

debilidad frente a la otra y, en consecuencia, se la sitúe en una posición de indefensión”³⁵⁷.

Además de estos efectos, tal presunción, si es adoptada en el Estado en el que se encuentra domiciliada la matriz, puede materializar la conexión necesaria entre los actos de la filial en el Estado de verificación del daño y la matriz para que así los tribunales del país en el que se domicilia la matriz puedan reconocer la jurisdicción sobre el asunto³⁵⁸.

En el ámbito del Derecho comparado, el uso de la presunción de control también tiene precedentes. En EE.UU., por ejemplo, la *Americans with Disabilities Act*, de 1990, prevé en el ámbito del Derecho laboral una aplicación extraterritorial de no discriminación mediante una presunción de control de las sociedades en otros países por cualquier empleador norteamericano basada en una serie de indicadores: “the interrelation of operations, the common management, the centralized control of labor relations and the common ownership or financial control, of the employer and the corporation”³⁵⁹.

Como veremos en el capítulo II, en alguno de los casos más significativos de daños medioambientales causados por grupos de sociedades, el tribunal que conoció del asunto estableció una presunción –sin soporte normativo alguno- basada en el alto grado de control de la empresa matriz sobre las filiales, que permitió superar el principio de separación entre

³⁵⁷ M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga...*, op.cit., pp. 143, 127; en defensa de una mejor distribución de la carga de la prueba, planteando su inversión: J.A. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of...*, op.cit., pp.395 y ss.

³⁵⁸ P. MUCHLINSKI, “Limited Liability...”, op.cit., p. 924, refiriéndose a una sentencia de la English Court of Appeal sobre el asunto *Lubbe vs Cape Industries*. Vid., sentencia de la Cámara de los Lores que lo confirmó: Cámara de los Lores, 20 julio 2000, *as. Lubbe v. Cape Plc*. [4 All E.R. 268 H.L.], disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/41.html> [Consulta: 15/3/2015]. Volvemos sobre este tema de la autoridad competente en el capítulo II con mayor profundidad.

³⁵⁹ 42 U.S. Code § 12112, *Discrimination*, 1994, vid., (c) (2), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/12112> [Consulta: 13/3/2014], citado por O. DE SCHUTTER, op.cit., pp. 39 y ss., que hace referencia a otras normas del Derecho norteamericano como la Civil Rights Act de 6 de julio de 1964, disponible en: <http://media.nara.gov/rediscovery/02233.pdf> [Consulta 14/01/14].

personas jurídicas³⁶⁰. Por ejemplo, en el caso *Amoco Cadiz*, el tribunal estadounidense no sólo comprobó, en primer lugar, el grado de centralización del grupo (mediante indicadores como la existencia de cuentas consolidadas, de directores y administradores comunes, de auditorías internas, socios comunes...) sino también el hecho de que el comportamiento dañoso concreto se pudiera atribuir a la matriz; ahora bien, se *invertió la carga de la prueba*, de tal manera que la aquélla debía demostrar que el daño no derivó de su ámbito de influencia sino de la actuación autónoma de la filial³⁶¹.

En nuestro ordenamiento, además de la posible inversión judicial de la carga de la prueba, que realiza el juez a la vista de los hechos y de la prueba practicada cuando lo considera oportuno en atención a los principios de facilidad probatoria y disponibilidad, existen numerosos casos en los que, bien a través de inversiones directas o bien mediante presunciones *–iuris tantum o iure et de iure–* o *verdades interinas*³⁶², se invierte o modifica la carga de la prueba³⁶³ que, en principio, con carácter general, recae en el que alega el hecho constitutivo de su pretensión (artículo 217. 2 y 3 LEC). Si bien la regla

³⁶⁰ Vid. infra, en el capítulo II, los casos *Amoco Cadiz* o *Bhopal*, entre otros.

³⁶¹ P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 89 citando a J.A. ENGRACIA ANTUNES.

³⁶² La diferencia entre ambas es que en las presunciones, es necesario la prueba del hecho que permite inferir el hecho presumido (*si X es cierto, entonces Y también*), mientras que en las verdades interinas no es necesario (*se presume Y salvo prueba en contrario*). Ejemplos de inversiones de origen legal en nuestro ordenamiento son: arts. 1900, 1210, 1750, 850, 1584, 1563, 1277, 436, 459, 1901, 193, 194, etc., del Código Civil; art. 10.1.II y 18.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003); art. 58 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2001); arts. 38.2 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro (BOE nº 250, de 17 de octubre de 1980); art. 61.2 y 77.2 Ley 11/1986, de 25 de marzo, de Patentes (BOE nº 73, de 26 marzo de 1986). Vid., M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga...*, op.cit., pp. 128-142. También, art. 4 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE nº 181, de 29 de julio de 1988), en relación al 53 y al 112.4 (vid. SSAN 2 julio 1996 y 25 marzo 1998, citadas por P. SALVADOR CODERCH, op.cit., pp. 29 y 30) y los arts. 72.2 *in fine* y 85.2 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (BOE nº 177, de 24 de julio de 2015).

³⁶³ Permitido por el art. 217.5 LEC. Para algunos autores (por ejemplo, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), no cabría una inversión de origen legal de la carga de la prueba puesto que la inversión debería venir de una fuente externa a la propia ley, de manera que si es la misma ley la que la realiza no se trata de una inversión sino de una sustitución para casos concretos. No obstante, convenimos con M. FERNÁNDEZ LÓPEZ en que se trata de un debate meramente terminológico ya que la realidad es que el *thema probandi* de cada parte se modifica. Vid., sobre el debate, M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga...*, op.cit., p. 125; A. LUNA YERGA, "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria", *InDret* 04/2003, octubre 2003, pp. 1-27, pp. 9-12.

general parece incuestionable en el ámbito de la responsabilidad contractual, no lo es en la responsabilidad aquiliana, en la que el tenor literal del art. 1902 Cc y la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del mismo, se puede justificar, en atención a los principios ya enunciados y, más aún, en presencia de riesgos vinculados a la actividad que genera los daños³⁶⁴, la inversión de la carga de la prueba.

Esta alternativa podría concretarse en el establecimiento de una *presunción* de dependencia entre la matriz y la(s) filial(es) de un grupo al menos a efectos de establecer la responsabilidad extracontractual, de manera que los demandantes tuvieran que acreditar únicamente la tenencia mayoritaria de acciones por parte de la matriz (directamente o mediante sociedades interpuestas) o la identidad de administraciones, la apariencia de grupo –por la marca, la imagen corporativa común, los informes de gestión o cuentas consolidadas, etc.- para que automáticamente se presumiera la dependencia y el control, salvo que la matriz demostrase que, pese a la tenencia mayoritaria de derechos de voto, no existió tal control efectivo en relación a la actuación que dio lugar al daño. Esto disminuiría los costes de la prueba y evitaría la existencia, en ocasiones, de una auténtica prueba diabólica para los demandantes cuando se enfrentan a grupos transnacionales de sociedades, ya que es imposible para aquéllos acceder a la información que pruebe la existencia de directrices de la matriz o del control efectivo en la decisión concreta.

Los indicios para que la presunción opere deben escogerse siendo conscientes de que, si se basan por ejemplo en el tipo de contacto o en la existencia de “control” de actividades o vigilancia, esto puede desincentivarla en vez de incentivarla, ya que las empresas procurarían en ese escenario evitar cualquier tipo de relación o actividad que pudiera permitir concluir que la

³⁶⁴ Así, la STS 11 diciembre de 1998, [RJ 1998\8789], F.D. 1º: “(...) en supuestos de riesgos – tanto existentes como instaurados, la culpa exigida, conforme al art. 1902 se mueve en el ámbito de responsabilidad cuasiobjetiva, que impone extremar todas las precauciones y agotar los medios para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar y pueden generar daños efectivos. En estos casos ha de tener lugar la inversión de la carga de la prueba (...)”.

filial no es más que un agente de la matriz o que ésta deba ser responsable por los daños por haber contribuido a su causación³⁶⁵. En nuestra opinión, a los criterios de tenencia de derechos de voto o propiedad de acciones, así como la existencia de posiciones comerciales de dominio que de facto controlen a proveedores o clientes, pueden sumarse criterios vinculados al flujo del beneficio derivado de la actividad que generó el riesgo, vinculados lógicamente a los primeros (volveremos sobre ello en el capítulo II).

No obstante, la inversión de la carga de la prueba en base a unos indicios adecuados sí sería coherente con los principios de facilidad y disponibilidad probatorias, porque para los demandantes es considerablemente más sencillo probar el hecho constitutivo de la presunción que el hecho presumido y porque, además, para las empresas del grupo será mucho más fácil y asequible –en coste, tiempo y precisión- aportar los documentos que pudieran probar la independencia que para los demandantes el acceso a aquéllos que pudieran probar la dependencia. Y es que el fundamento de tal inversión no es otro que facilitar la protección de los intereses de quien se encuentra en una posición que dificulta la prueba del hecho de acuerdo al principio de buena fe procesal³⁶⁶ y evitar así, en última instancia, la *probatio diabólica*³⁶⁷, porque lo contrario sería permitir una *actitud obstruccionista*

³⁶⁵ Por eso se opta por lo general por el porcentaje de propiedad de la filial que detenta la matriz, como veremos en los ejemplos legales que citaremos *infra* y como refleja la doctrina. Aunque no debe olvidarse el vínculo de dependencia comercial –vs accionarial- que puede ser igualmente intensa en determinadas circunstancias. También, sobre el posible efecto desincentivador de la vigilancia de la matriz, vid., O. DE SCHUTTER, op.cit., pp. 41 y 42 y bibliografía allí citada; A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDEN, “The Legal Liability...”, op.cit., pp. 37, 38 y 42: “(...) the greater the control which the parent company exercises or could exercise over the policy of the subsidiary and the implementation of that policy the more likely it is to be liable. Here too, codes of conduct can provide a basis for the criterion to be applied (...)”. Volveremos sobre el tema en el capítulo II.

³⁶⁶ Por no mencionar que, además, los recursos técnicos, económicos, jurídicos...son infinitamente menores y, como refrenda el fundamento del art. 7 del Reglamento 864/2007 y los numerosos artículos doctrinales al respecto, se trata de una parte débil al lado de la parte demandada encarnada en un grupo societario transnacional. Cabe añadir, también, la importancia de los principios de protección medioambiental y los compromisos en materia de Empresas y derechos humanos que, se hayan o no positivizado, guían y deben guiar no sólo la aplicación judicial de las normas sino también su interpretación y modificación. Vid., P. MOSCOSO RESTOVIC, Competencia..., op.cit., pp. 119-154.

³⁶⁷ Vid., M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, La carga..., op.cit., p. 127, citando a M. TARUFFO, “Presunzioni”, Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXIV, Roma, 1991, p.2 y ss. Nótese que es éste el mismo fundamento que, al hilo de las presunciones en Derecho de la competencia que analizaremos

contraria al Estado social³⁶⁸. Es un tema clave, por tanto, en el marco del acceso a la justicia y, aunque en la práctica lograría el mismo efecto que el levantamiento del velo, su concreción normativa podría superar muchos de sus inconvenientes –vaguedad, dificultad de prueba, excepcionalidad, etc.-. Es pues una posible alternativa que, con el establecimiento de las cautelas adecuadas y de indicios razonables, puede mejorar de manera considerable el acceso a la justicia para los que sufren el daño.

3.4.2.2. Presunción de falta de diligencia.

Nos situamos ahora en el caso de que la responsabilidad establecida se basara en la existencia de la vulneración del deber de cuidado³⁶⁹. En algunos casos de litigación transnacional que involucraban empresas matrices y filiales (entre otros, *Akpan vs. Shell*³⁷⁰ o *Chandler vs. Cape*³⁷¹), se ha planteado si la formulación de una política común en materia de salud y seguridad por parte de la empresa matriz generaba un deber de cuidado para ésta respecto de la filial y de sus empleados. En el caso *Cape* se admitió en sentencia definitiva. El caso *Akpan* está aún pendiente, en segunda instancia.

infra., utilizan los detractores para advertir de lo difícil que es para la empresa desvirtuar la presunción de dependencia. Es curioso, pues si es esto es así, tanto más lo será al revés, con la consecuente negación práctica del acceso a la justicia, pues de lo que hablamos no es de que finalmente se impute la responsabilidad a la matriz sino cómo esta vinculación presumida puede hacer que se considere a la matriz como legitimada pasiva y, por tanto, demandada también, sin que quepa muchas veces de otro modo –por la excepcionalidad del levantamiento del velo-, su mera participación como parte en el juicio.

³⁶⁸ J.M. ASENCIO MELLADO, V. GIMENO SENDRA (DIR.) ET AL. , Proceso Civil Práctico, Tomo III, Ed. La Ley, p. 178.

³⁶⁹ Sobre la existencia de un deber de cuidado, tras realizar un estudio de Derecho comparado, vid. K. VANDEKERCKHOVE, “Piercing the Corporate Veil. A Transnational Approach”, *European Company Law Series*, vol. 4, issue 5, Kluwer Law International, 2007, pp. 191-200. Ha sido uno de los fundamentos más utilizados en demandas por responsabilidad extracontractual de grupos societarios en *Common Law*. Por ejemplo, en el caso *Lubbe v. Cape Plc.* (2000), 20 July 2000. Sobre el mismo: C.G.J. MORSE, “Not in the public interest?”, *Texas International Law Journal*, vol. 37, February 2012, pp., 541-558. También: L.J. MCCONNELL, “Establishing...”, op.cit., pp. 94 y ss.

³⁷⁰ *Akpan vs. Royal Dutch Shell & SPDC*, District Court of the Hague disponible en: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/view> [Consulta: 10/3/2014].

³⁷¹ *Chandler vs. Cape*, England and Wales Court of Appeal, Civil Division 525, 25 abril 2012, Case nº: B3/2011/1272. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> [Consulta: 10/4/2015].

En este marco y con los mismos fundamentos que en el caso anterior, podríamos plantear una presunción para que la carga de la prueba de la diligencia no recayera sobre las víctimas sino sobre la sociedad. Igualmente esta opción, adoptada en el país de domiciliación de la matriz –o a nivel de la UE- podría servir de punto de conexión con el foro. En palabras de O. DE SCHUTTER, refiriéndose al establecimiento de un deber de vigilancia a la matriz, con base en una presunción que invierte la carga de la prueba, “(...) this solution overcomes the problems linked to the exercise of extraterritorial jurisdiction by the home State of the transnational corporation”³⁷².

Esta presunción tendría sentido siempre que exista grupo. Esto es, que se acrediten los elementos que hacen que exista un grupo societario (vid. supra) y por tanto para que podamos hablar del deber de cuidado de la “matriz” vs. las actividades de la “filial”. Esta prueba podría concretarse de varias maneras, pero, para que no se dificulte en exceso la prueba, apuntamos al establecimiento de indicios -que aporte el demandante-, que deben ser sencillos de probar, para presumir la existencia de grupo, como la tenencia de acciones, marca común, informes consolidados, etc. Creemos que debería ser una presunción *iure et de iure*, dejando la posibilidad de negar la responsabilidad desvirtuando la presunción de negligencia ya en el fondo del asunto, para evitar mayores dilaciones en el proceso.

Si la empresa lograra por tanto acreditar que ejerció toda la diligencia posible³⁷³, no respondería de los daños. Si no lo hiciera, debería responder por

³⁷² O. DE SCHUTTER, op.cit., p. 45, para quien también se evitan así problemas de imputabilidad, porque al existir un deber directamente de la matriz, no es necesario demostrar la vinculación entre los actos de la filial y aquélla. Para otros autores, este mismo hecho, si bien ventajoso en la práctica, tiene el inconveniente de que la matriz no se hace responsable de la violación de derechos humanos o del daño ambiental, sino de una falta de su obligación de vigilancia o diligencia, quedando el tema principal en un segundo plano. M. REQUEJO ISIDRO, Violaciones..., op.cit., p. 116.

³⁷³ Para ello, la propuesta de Amnistía Internacional se refiere a los Principios rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, op.cit., a las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, a la norma ISO 26000, a la Declaración de Principios Tripartita sobre las Empresas multinacionales y la Política social de la OIT, a la Directiva Europea en materia de publicación de información no financiera. Añadimos nosotros los principios de

responsabilidad propia³⁷⁴, probado el perjuicio por parte de las víctimas. Los estándares de cuidado que pudiera establecer la ley deberán tener en cuenta parámetros como el tamaño del grupo o su capacidad de conocer los riesgos de las actividades de sus filiales o socios comerciales, ya que se trata de que exista diligencia en cuantas medidas se consideren razonables, necesarias y posibles.

Si la responsabilidad fuera objetiva, no sería lógicamente necesaria esta presunción. En este caso, la matriz responderá por sus propias acciones –por la violación de sus obligaciones legales–, con independencia de los actos de la filial y de la responsabilidad en que ésta pueda haber incurrido. Ahora bien, tal responsabilidad no debe basarse en la mera estructura del grupo societario –ya que hacerlo sería una manera de sancionar una forma de organización empresarial que es lícita–, sino en que la dificultad de identificar al autor del comportamiento dañoso, a la relación de vinculación empresarial que justifica la comunicación de la responsabilidad (por la asunción del riesgo) y, de manera principal, a la presencia de intereses que requieren una protección especial, como ocurre en el supuesto analizado³⁷⁵.

protección medioambiental que se asumen en el Derecho de la UE y en el Derecho nacional, cit. supra. Vid., AMNESTY INTERNATIONAL, “France- Pour une législation...”, op.cit, p. 34; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN O ISO, Norma ISO 26000 (Responsabilidad Social), 2010, disponible en: http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas multinacionales y la Política social de la OIT, 4ª edición, 2006, disponible en la web: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm [Consulta: 20/3/2015]; Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DOUE n° 330, de 15 de noviembre de 2014.

³⁷⁴ Así, cabe destacar en Derecho francés, en el ámbito laboral, la Loi du 10 juillet 2014, *visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale*, que establece una obligación de vigilancia para procurar el respeto de ciertos derechos de los trabajadores de empresas extranjeras prestatarias de servicios a empresas francesas (Code du travail, art. L. 8281-1 nouveau). O, en el ámbito del medio ambiente, en tal deber de vigilancia se basó –aunque fruto de la construcción jurisprudencial y no de una norma positiva– el tribunal en el caso Erika, también en Francia. En éste, el Tribunal demuestra el poder de control de Total S.A. sobre las operaciones de Erika ya que el contrato permitía a la primera “vérifier le soin et la diligence avec lesquels la cargaison était transportée, la capacité du navire et de l'équipage à réaliser le voyage envisagé et, plus généralement, donnent à l'affrètement un pouvoir de contrôle dans la marche du navire”. Sentencia de la Cour de Cassation Criminal, 25/09/2012, p. 277, disponible en: https://courdecassation.fr/IMG/Crim_arret3439_20120925.pdf [Consulta 12/3/2015].

³⁷⁵ P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 95.

En el Derecho alemán, la responsabilidad civil con independencia de la culpa se ha planteado en el ámbito de los daños ambientales, en tanto que la matriz sea “tenedora” –propietaria- de la instalación causante del daño y por tanto controladora del riesgo, siempre que exista una dirección que la filial no pueda rechazar. Y también se reconoce que, dado que es la matriz la que posee la información capaz de acreditar la influencia, debe ser ella la que pruebe que no la ejerció en la decisión vinculada al daño³⁷⁶.

En nuestro ordenamiento no tenemos normas semejantes en materia de daños ambientales –en responsabilidad civil-, si bien algunos autores han señalado que el art. 1908 del Cc podría servir como fundamento para calificar de propietaria –en sentido amplio- a la matriz –que tenga el 100% de las acciones o participaciones de la filial, directa o indirectamente- y hacerla responsable de los daños, sin necesidad de recurrir a la técnica del levantamiento del velo. También, si el control –por el grado de integración- es tal que la filial sea considerada una mera agencia o departamento de la matriz, sin autonomía real, por lo que cabría la extensión de la responsabilidad objetiva, excepcionalmente³⁷⁷.

Encontramos algún otro ejemplo en otros ámbitos del Derecho³⁷⁸, como es el caso del art. 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e

³⁷⁶ P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., pp. 90 y ss. En la Ley de responsabilidad ambiental alemana de 1990, se introdujo “una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual el perjudicado no tendrá que probar la existencia del nexo causal sino únicamente que una determinada instalación es apropiada para haberle producido el daño”. Vid. M. VINAIXA MIQUEL, op.cit., pp. 339-340.

³⁷⁷ Vid., L. DíEZ-PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2007, pp. 576 y ss; P. GIRGADO PERANDONES, op.cit., p. 91.

³⁷⁸ También han existido propuestas en Derecho comparado que establecían cierta responsabilidad sin falta de la matriz, entre las que destaca el *Avant-Project Catala* en Francia, de 29 de septiembre de 2005, para introducir un apartado segundo en el art. 1360 del Cc francés que haga responsable a las matrices -en el marco de la existencia de una dependencia económica o control- de los daños causados por sus filiales. Contrasta con la propuesta del *Projet Terré*, elaborada por un grupo de trabajo de *l'Académie des sciences morales et politiques*, que promulga una responsabilidad pero basada en la existencia de falta; esto es, en que haya contribuido de manera significativa a la realización del daño. Ninguna de las dos

Imprenta, en relación al art. 11.2 de la misma³⁷⁹, aunque sea más bien tributario de la interpretación jurisprudencial que de su redacción literal. Así, el TS (Sala 1ª), en la sentencia de 4 de junio de 2002, afirmó lo siguiente:

“En el caso a que el recurso se refiere nos hallamos ante un grupo de empresas o sociedades de comunicación que editan diversas publicaciones, por lo que resulta aconsejable la aplicación del precepto últimamente mencionado, ya que aun cuando en condiciones normales ha de respetarse la independencia jurídica de las entidades que integran los grupos, pese a la unidad de dirección económica que a éstos caracteriza, no puede adoptarse la misma solución cuando se producen actuaciones susceptibles de causar perjuicios injustificados ya sea a los trabajadores de las empresas vinculadas, ya a sus acreedores, ya, como aquí sucede, a personas que nada tienen que ver con las mismas. En efecto, dado que la carencia de una completa regulación legal de los grupos de sociedades propicia la existencia de las que la doctrina denomina «lagunas de protección» se impone la búsqueda de mecanismos para la adecuada defensa de los perjudicados a que nos hemos referido. (...) Ya en lo relativo a los acreedores, doctrinalmente se propugna la imputación de responsabilidad a la sociedad dominante, entre otros supuestos, en aquellos en que pueda entenderse que ha existido una vinculación más o menos explícita de la misma como garante, o bien cuando con sus propios actos ha creado una apariencia generadora de confianza para

propuestas se ha logrado incorporar al Código Civil francés. Vid., más información en: P. PASCAUD-BLANDIN, op.cit., pp.28-36; D. NORGUET, Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile, Consultation de la Chancellerie, Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris, 12 janvier 2012, p. 10, disponible en: <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/responsabilite-civile-reforme-nor1201.pdf> [Consulta: 22/3/2015]. Respecto a este fracaso, el informe de Amnesty International sobre Francia, se pronuncia a favor de una regulación al respecto que sí garantice el acceso a la justicia en Francia para que la matriz responda por los daños de la filial: vid., AMNESTY INTERNATIONAL, “France- Pour une législation...”, op.cit, p. 26.

³⁷⁹ Art. 11.2: “En las publicaciones periódicas se hará constar, además, el día y el mes, el nombre y apellidos del Director, el domicilio y razón social de la empresa periodística y la dirección de sus oficinas, redacción y talleres”. Y art. 65.2: “La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario”.

los terceros que contratan con las sociedades filiales. Si no existen tales normas, la matriz podría responder solidariamente como garante del pago con posibilidad de repetición posterior o en lo que exceda de la solvencia de la filial³⁸⁰.

A continuación analizaremos los ejemplos de presunciones y las diferentes nociones de “matriz vs filial” que en materia de grupos de sociedades encontramos en las normas de la UE. El carácter semi-público o público de las disciplinas en las cuales se insertan no obsta en modo alguno, a nuestro parecer, para poder plantear su aplicación en un área del Derecho privado en la que, sin duda, existen también elementos de confluencia de lo público y lo privado, entre otros: la existencia de intereses supraindividuales afectados (vid. capítulo III); el papel central del Derecho procesal y la importancia del acceso a la justicia como derecho humano y fundamental en la totalidad de ordenamientos jurídicos europeos; la protección del medio ambiente y su directa relación con el disfrute de los derechos humanos protegidos y reconocidos en la UE; la regulación de la actividad de las sociedades multinacionales, de la distribución de los riesgos y del eficiente funcionamiento del mercado –para lo cual deben prevenirse o corregirse en lo posible las externalidades negativas y la desigualdad de trato jurídico entre EE.MM-; etc.

- La responsabilidad de la matriz en el Derecho de la competencia. La presunción de control.

Es especialmente interesante el estudio de esta área del Derecho en lo que concierne a las relaciones intra-grupo de responsabilidad, por su relación con el supuesto de esta investigación. De vital importancia para el correcto funcionamiento del mercado común, para los intereses de los operadores económicos y, también, con evidentes impactos extraterritoriales, su desarrollo normativo no se ha hecho esperar en el seno

³⁸⁰ STS nº 530/2002, de 4 de junio de 2002, [RJ 2002/6754]. Nótese que la responsabilidad por apriencia es propia y tiene sentido en el marco de la responsabilidad contractual.

de la Unión, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos –como el que nos ocupa- a los que se les concede mucha menor importancia en las instituciones comunitarias y nacionales. Y esto es así, porque, probablemente, los perjudicados por el actual estado de cosas –ciudadanos corrientes - en muchos casos, extranjeros-, sin contar con los recursos naturales que *no votan* y sobre cuya importancia para el desarrollo de la vida no hay suficiente conciencia social *ergo* tampoco política-, no tienen voz frente a los grupos económicos que, como maximizadores del beneficio que son, prefieren seguir funcionando con regímenes de responsabilidad a todas luces favorables a sus intereses.

Más allá de esta reflexión general, que está bien no perder de vista para ser conscientes del interés que subyace a toda posibilidad de cambio legal - de modo que, ante los mismos argumentos, en un caso se presente casi como una herejía jurídica y en otros como una modificación posible y conveniente-, a continuación nos aproximaremos someramente a la construcción de la responsabilidad del grupo de sociedades en Derecho de la competencia en el ámbito europeo, el cual es parte importante de la labor de la UE desde la elaboración del Tratado de Roma en 1957³⁸¹. Y es que, el crecimiento del mercado interior, sus crecientes interconexiones y el objetivo de crear un mercado común con justa competencia para sus operadores económicos, unido a la constatación de los efectos extraterritoriales del comportamiento anticompetitivo, pronto hicieron evidente la necesidad de que fuera un organismo supraestatal, en este caso, la Comisión, la encargada de perseguir –investigar, decidir el cese, imponer multas, etc.- las actuaciones contrarias al Derecho de la competencia de la UE que afectaran a varios países³⁸².

³⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Competencia Publicaciones, Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, p. 3. Disponible en: <http://bookshop.europa.eu/es/competencia-pbNA7012013/> [Consulta: 29/1/2015].

³⁸² No obstante, desde el año 2003, la Comisión ya no detenta el monopolio en la aplicación administrativa del Derecho Comunitario de la Competencia, de manera que las autoridades nacionales de competencia (en España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), pueden conocer de asuntos de ámbito comunitario bajo determinados requisitos, manteniendo siempre la Comisión Europea un rol de coordinación (de la Red

En el marco de un procedimiento sancionador a nivel supraestatal, el concepto jurídico o formal de “empresa” ha sido superado³⁸³ y reemplazado por uno de construcción jurisprudencial con fundamento económico (*doctrina de la unidad económica*³⁸⁴) para hacer corresponsables a las empresas matrices –y otras empresas del grupo–, de las prácticas anticompetitivas de las filiales cuando aquéllas: 1) estén en condiciones de ejercer sobre las filiales una influencia decisiva y 2) la ejerzan efectivamente. Esta influencia podrá basarse en cualquier vínculo económico, jurídico u organizacional³⁸⁵ y se presumirá *iuris tantum* siempre que la matriz tenga el 100% del capital de la filial responsable, siendo la empresa por tanto la que debe probar la independencia –entre ambas– para desvirtuar la presunción³⁸⁶.

Europea de Autoridades de Competencia) y el poder de decisión en los asuntos más importantes.

³⁸³ Sobre el concepto de empresa en Derecho de la competencia, que no se identifica con el término mercantil de sociedad sino con el de unidad económica de decisión. Vid., O. ARMENGOL, “La responsabilidad de las sociedades matrices por las conductas anticompetitivas de sus filiales”, *Cátedra Pérez-Llorca Doctrina (Contencioso, Público y Regulatorio)*, Instituto de Empresa, Julio 2012, p.1, disponible en: <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20responsabilidad%20de%20las%20sociedades%20matrices%20por%20las%20conductas%20anticompetitivas%20de%20sus%20filiales.pdf> [Consulta: 20/3/2015]. Vid., también, jurisprudencia allí citada y, en Derecho español, el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159 de 4 de julio de 2007).

³⁸⁴ De tal manera que la corresponsabilidad no se basa en que la matriz haya *instigado* a la filial a realizar la práctica o a su propia implicación, sino al hecho de que se consideran una sola *empresa*, basada en la existencia de unidad económica. Por ello los grupos de sociedades son “empresas” a estos efectos, aunque bajo ellas existan diferentes personas jurídicas. Vid., A. GUERRA & E. PEINADO, “La responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de las normas de defensa de la competencia cometidas por sus filiales”, *Actualidad Jurídica - Uría Menéndez*, nº 31/2012, pp. 61-65, p. 65; disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3361/documento/foro01.pdf?id=3876> [Consulta: 28/1/2015]. Sobre los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de competencia, vid., I. S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Ed. La Ley, Monografía nº5, Madrid, 2011, pp. 314 -360 y 436- 569.

³⁸⁵ STGUE 16 junio 2011, as. T-185/06, *L’Air liquide vs. Comisión*, p. 25.

³⁸⁶ Entre otros factores admitidos por la jurisprudencia: que no coincidan los administradores de ambas sociedades, que no existan directrices comunes, que la matriz no conociera la infracción, que no existan vínculos entre las actividades de ambas empresas, etc. Vid., R. ALONSO SOTO, “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales”, *Noticias trimestrales sobre competencia, volumen 19 (2012)*, Gómez-Acebo & Pombo, pp. 18-23, p. 22; disponible: <http://www.gomezacebo->

Si fruto del proceso, se considera coautora a la matriz, será responsable junto con la filial pero, en cualquier caso, aunque no se considere coautora, sí podrá ser responsable solidaria con respecto al pago de la multa; esto es, la autoría se limitaría a la filial pero, como garantía del pago, la matriz será deudora solidaria. Esta distinción no es baladí de cara a las posibles exigencias de responsabilidad civil por parte de terceros ya que, en el primer caso, cabrá contra la matriz una acción directa, no así en el segundo. Además, algunos autores han señalado cómo, en el marco de un procedimiento sancionador como éste, la presunción de la culpabilidad – primer caso- podría implicar una vulneración de la presunción de inocencia³⁸⁷, cuestión que no se apreciaría en el marco de una pretensión de reparación o compensación propia del Derecho civil. Por su parte, el TJUE ha recordado recientemente que la presunción de influencia decisiva no es contraria a los principios de responsabilidad limitada de las sociedades de capital, de personalidad jurídica diferenciada de las sociedades, de legalidad, de la personalidad de las penas...y tampoco de la seguridad jurídica³⁸⁸, y que las dificultades para desvirtuar la presunción no implicaban necesariamente que ésta fuera irrefutable³⁸⁹.

pombo.com/media/k2/attachments/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf [Consulta: 28/1/2015].

³⁸⁷ Vid., M. BRONKERS & A. VALLERY, “No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law”, *WorldCompetition* 34, nº4, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011, pp. 535-570, pp. 548 y ss.

³⁸⁸ TJUE 8 mayo 2013, as. C-508/11, *ENI SpA v European Commission*. También en: P. PASCAUD- BLANDIN, *La responsabilité...*, op.cit., p.26.

³⁸⁹ En el caso de que se tenga el 100% de las acciones de la filial, ya que de lo contrario la Comisión deberá demostrar que existe una situación de control y que, en el ejercicio del mismo, la matriz ha influido decisivamente en las actuaciones de la empresa controlada/filial. No obstante, esta segunda prueba (de influencia decisiva efectiva) no parece ser necesaria en el régimen de la Ley española de Defensa de la Competencia, en el que basta demostrar que se está en disposición de controlar pero no es necesario probar que efectivamente se ha controlado. Vid., O. ARMENGOL, “La responsabilidad...”, op.cit., p. 3.

La jurisprudencia al respecto es abundante³⁹⁰ y el interés de cuestión evidente a la luz de los numerosos artículos³⁹¹ –de académicos y también de despachos de abogados-. No obstante, la reciente Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, no ha positivizado la cuestión ni aclarado si los responsables solidarios de una infracción de la competencia pueden ser, a su vez, demandados en una acción por daños *antitrust*, algo que es especialmente importante para los grupos de sociedades dada la posibilidad de exigir responsabilidad por una infracción a la persona jurídica que la comete y, solidariamente, junto con aquella, a la empresa que la controla (responsabilidad matriz-filial).

De hecho, aunque parece claro que cualquier tercero perjudicado por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia puede reclamar civilmente una reparación, no está claro si un tribunal civil ordinario puede declarar civilmente responsable a la matriz, basándose en la decisión de la autoridad de competencia que haya aplicado tales presunciones. La respuesta parece afirmativa en los casos en los que ya se haya determinado la coautoría de la matriz en los daños, pero no cuando sea un

³⁹⁰ Entre las más significativas: STJCE 25 octubre 1983, as. *AEG Telefunken c. Comisión*, 107/82, fd. 50; STJCE 16 noviembre 2000, as. *Stora Kopparbergs Bergslags AB vs. Comisión*, C-286/98, fd. 28 y 29; Sentencias del Tribunal de Primera Instancia (hoy TGUE), 30 septiembre 2003, as. *Manufacture Français des Pneumatiques Michelin vs. Comisión*, T-203/01; 15 septiembre 2005, as. *DaimlerChrysler AG vs. Comisión*, T-325/01; 27 septiembre 2006, as. *Cöperatieve Verkoop – en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA vs. Comisión*, T-314/01. También, STJUE 10 septiembre 2009, as. *Akzo Nobel y otro vs. Comisión*, C-97/08; STJUE 20 enero 2011, as. *General Química*, C-90/09; STJUE 29 marzo 2011, as. acumulados *Arcelor-Mittal*, C-201/09 P y C-216/09 P; STGUE 7 julio 2011, as. *Arkema*, T-217/06.

³⁹¹ A. GUERRA & E. PEINADO, “La responsabilidad...”, op.cit.; R. ALONSO SOTO, “La responsabilidad de la sociedad matriz...”, op.cit.; F. DE LA VEGA GARCÍA, “Imputación a sociedades matrices de la responsabilidad por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales (Sentencia de hoy Tribunal General de la Unión Europea)”, 12/12/2014, disponible en: <http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/2014/12/imputacion-sociedades-matrices-de-la.html> [Consulta: 28/1/2015]. A. MICKONYTE, “Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law”, Vol 1 *LSEU*, 2012, pp 33-69, disponible en: [http://qr.jur.lu.se/Quickplace/eu_law_review/Main.nsf/0/BE6BEFE32576AABCC125799E00316E6D/\\$file/Joint%20Liability%20of%20Parent%20Companies%20in%20EU%20Competition%20Law.pdf](http://qr.jur.lu.se/Quickplace/eu_law_review/Main.nsf/0/BE6BEFE32576AABCC125799E00316E6D/$file/Joint%20Liability%20of%20Parent%20Companies%20in%20EU%20Competition%20Law.pdf) [Consulta: 29/1/2015]; O. ARMENGOL, “La responsabilidad de..”, op.cit., pp. 2-4.

mero garante del pago de la compensación. Ahora bien, está por ver si el artículo 1903 Cc, de responsabilidad por un hecho ajeno, pudiera servir de fundamento a tal atribución de responsabilidad por la jurisdicción civil ordinaria³⁹².

Ahora bien, en lo que a este trabajo respecta, cabe plantearse las siguientes cuestiones: ¿Qué argumentos pueden esgrimirse en contra de que el mismo régimen de responsabilidad se aplique a otro tipo de prácticas empresariales ilícitas, en sede administrativa o civil?³⁹³ En el marco de la LRM, de naturaleza administrativa, no vemos qué justificaría ese mayor blindaje del principio de independencia societaria de cara a la reparación de los daños ecológicos, como tampoco encontramos argumentos que lo impidieran en sede civil, especialmente en el marco de la responsabilidad extracontractual³⁹⁴ y, más aún, si se limita la cuestión a la posibilidad de abrir un foro –el del domicilio de la matriz- estimando la legitimación pasiva de ésta última, con independencia de que después se le atribuya responsabilidad al analizar el fondo del litigio.

- La consideración de la matriz y del grupo en el Derecho fiscal en la UE: la Directiva 2011/96/UE, *matriz-filial*.

La Directiva *matriz-filial*³⁹⁵, en su artículo 4.1, obliga a los Estados miembros a que adopten el método de exención o de imputación para eliminar la doble imposición sobre los dividendos que, obtenidos por sus sociedades residentes, procedan de filiales residentes en otros Estados

³⁹² O. ARMENGOL, “La responsabilidad de..”, op.cit., p.4

³⁹³ Sugiriendo su extensión, y considerándolo directamente un supuesto de levantamiento del velo, vid., G. VAN CALSTER, “The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility”, *Erasmus Law Review*, November 2014, nº3, pp. 131 y ss.

³⁹⁴ En el mismo sentido, comparado el ámbito de la responsabilidad extracontractual con el de la consolidación de cuentas contables o el fiscal, vid., M. EROGLU, op.cit., p. 259.

³⁹⁵ Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014.

miembros. Las medidas que en ella se establecen afectan a las sociedades domiciliadas en algún Estado miembro, sujetas y no exentas al impuesto sobre el beneficio aplicable en cada Estado. En España, incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva todas las sociedades sujetas al Impuesto sobre Sociedades que hayan sido constituidas con arreglo al Derecho español.

Lo significativo es, a efectos de este trabajo, el concepto que se incluye de “sociedad matriz” para la aplicación del régimen –favorable a los grupos societarios-. Así, según el art. 3, la calidad de sociedad matriz se reconocerá a una sociedad de un Estado miembro³⁹⁶ que:

- i) “(...) posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones (del art. 2), una participación mínima del 10 %³⁹⁷.
- ii) en las mismas condiciones, a una sociedad de un Estado miembro con una participación mínima del 10 % en el capital de una empresa del mismo Estado miembro, controlada total o parcialmente por un establecimiento permanente de la primera empresa situada en otro Estado miembro”.

Resulta curioso cómo, a efectos fiscales –que no favorecen al fisco sino a los grupos de sociedades- no existe ningún reparo jurídico en considerar que cuando el nivel de participación en el capital de una sociedad por otra sobrepasa el 10%, existe matriz *ergo* existe grupo, lejos de las nociones de control o dirección unitaria.

Si bien no es equiparable el régimen de responsabilidad, no se entiende una diferencia tan considerable en el tratamiento de los grupos en las distintas disciplinas desde el punto de vista jurídico. Esto es, si puede

³⁹⁶ Que tenga alguna de las formas previstas en el Anexo, esté sujeta al impuesto sobre el beneficio y tenga su domicilio fiscal en algún Estado miembro (vid. art. 2).

³⁹⁷ La participación exigida fue disminuyendo con las diversas modificaciones legislativas: del 20% desde el 1 de enero de 2005; del 15%, desde el 1 de enero de 2007 y del 10%, desde el 1 de enero de 2009, cifra actualmente en vigor.

beneficiarse una sociedad de una ventaja fiscal porque el hecho de formar parte de un grupo no puede suponer una desventaja competitiva –tributando más de una vez por el mismo beneficio-, no se entiende por qué va a negarse tal pertenencia y conexión en materia de responsabilidad, ya que mientras se reconoce jurídicamente que el beneficio fluye de filial a matriz –y por eso se exonera de tributación a la segunda- no se reconoce comunicación alguna del riesgo asociado a tal beneficio, que es la “cara b” de la actividad económica.

Parece del más elemental sentido común y de justicia que, si una sociedad se beneficia directamente de una actividad –recibiendo los ingresos por ella- también debería responder jurídicamente frente a acreedores involuntarios por los daños que una actividad -de la cual se ha lucrado directamente- ha provocado. Encontramos esta diversidad tan notable³⁹⁸ una incongruencia jurídica desde una mirada sistemática al ordenamiento.

3.4.3. Responsabilidad a prorrata.

Este sistema, propuesto por los autores H. HANSMANN Y R. KRAAKMAN³⁹⁹, establecería la obligatoriedad de compensar a los perjudicados en función de la proporción de propiedad de cada inversor (o empresa) en la empresa responsable de los daños de manera directa, siempre que ésta no cubra la totalidad del importe debido por los daños causados. Esta norma tiene un precedente en el Estado de California de

³⁹⁸ Nótese que en el caso fiscal basta el 10% para ser considerada matriz mientras que en la responsabilidad civil extracontractual ni siquiera el 100% es indicio suficiente para considerar la dirección unitaria y por tanto la comunicación de responsabilidad a la matriz, ni como corresponsable –más discutible- ni como garante del pago.

³⁹⁹ H. HANSMANN Y R. KRAAKMAN, “Towards unlimited shareholder liability for corporate torts, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 1879-1934, vid., pp. 1892 y ss. Sobre la propuesta vid., D.R. KAHAN, “Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective”, *Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2009, pp. 1085-1100, especialmente pp. 1102-1104. También, P. SALVADOR CODERCH ET AL, “Derecho de daños..”, op.cit., pp. 17 y 18.

1849 a 1931, sin que se tenga constancia de que su vigencia impidiera un rápido desarrollo económico que tuvo lugar en ese período⁴⁰⁰.

Se ha señalado la preferencia de esta responsabilidad frente a la solidaria porque ésta sería más costosa para los inversores potenciales que, frente a la posibilidad de tener que responder, tendrían que conocer la solvencia del resto *ex ante*⁴⁰¹. Pese a esta ventaja de la responsabilidad parciaria, se han señalado numerosos inconvenientes asociados a ella. Entre ellos destacamos dos: el primero de índole procesal, ya que la responsabilidad sería mancomunada y sería necesario que todos los propietarios fueran demandados en litisconsocio pasivo necesario, lo cual puede incrementar sobremanera los costes de litigación dada la complejidad de las estructuras societarias actuales; el segundo es la reducción del incentivo –frente a otras alternativas- para que la sociedad matriz internalice los costes ante la posibilidad de diluir la participación en el patrimonio y mantener el control mediante la tenencia de pasivo⁴⁰². No nos parece, desde luego, una opción eficiente ni sencilla, valores que sin duda deben considerarse a la hora de proponer reformas legislativas.

3.4.4. Otras propuestas: la responsabilidad ilimitada y la personificación del grupo.

Sin duda beneficiaría a las víctimas de los ilícitos que nos ocupan pero tendría, también, numerosos efectos negativos, económicos y en términos de libertad empresarial –ya que la creación de grupos carecería de sentido si no se limita el riesgo en modo alguno-, por lo que no nos parece la

⁴⁰⁰ P. I. BLUMBERG, “Limited Liability and corporate groups”, *Journal of Corporate Law*, vol. 11, 1986, pp. 573-631, esp., pp. 597 y 598.

⁴⁰¹ P. SALVADOR CODERCH ET AL, “Derecho de daños..”, op.cit., p. 18.

⁴⁰² N.A. MENDELSON, “A control-based approach to shareholder liability for corporate torts”, *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, pp. 1203-1303, especialmente pp. 1280-1288, disponible en: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1674&context=articles> [Consulta: 15/3/2015]; P. MUCHLINSKI, “Limited liability...”, op.cit., p.926.

mejor opción, como tampoco nos parece conveniente la personificación del grupo⁴⁰³, concediéndole personalidad jurídica propia y separada⁴⁰⁴.

Y es que no parece que el problema sea el principio en sí de la responsabilidad limitada ni la separación entre personas jurídicas, que como vimos aportó seguridad jurídica e incentivó la actividad económica –entre otras ventajas-, promoviendo además la igualdad de los ciudadanos en el emprendimiento, sino el efecto a todas luces injusto que se produce en estos casos de responsabilidad extracontractual en los que, al fin y al cabo, se constata la inmunidad para las grandes corporaciones sin que la realidad jurídica se haya adaptado a las particularidades económicas y empresariales del supuesto. Así, las empresas matrices controlan la actividad de sus filiales en su propio interés económico y reciben tal beneficio a la vez que consiguen externalizar la práctica totalidad del riesgo de actividades potencialmente peligrosas –al ser frecuentemente el patrimonio de la filial insuficiente-.

Parece evidente que, de existir una responsabilidad más extendida – mediante una responsabilidad objetiva subsidiaria o principal siempre que se demuestre la existencia de un control total, o, en su defecto, una responsabilidad basada en el deber de cuidado-, estas actividades peligrosas se llevarían a cabo, cuando menos, con todas las medidas posibles de seguridad. Sin olvidar que, además, esta responsabilidad debería permitir la apertura del foro del país del domicilio de la matriz si así lo eligen los demandantes (vid., capítulo II).

Algunos autores proponen establecer en Derecho positivo una responsabilidad solidaria de segundo grado entre la sociedad dominante y la dominada⁴⁰⁵, con varios argumentos: 1) La responsabilidad limitada genera

⁴⁰³ En el mismo sentido, vid., J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, op.cit., pp. 155 y ss, y bibliografía allí citada.

⁴⁰⁴ Vid., el análisis realizado por P. PASCAUD-BLANDIN, La responsabilité..., op.cit., pp. 37 y ss.

⁴⁰⁵ C. BOLDÓ, op.cit., p. 415.

externalidades, de manera que los acreedores que no hayan podido prever su riesgo (como ocurre en la responsabilidad extracontractual) estarán siempre en peor situación que los demás y, también, en peor situación que la empresa dominante; 2) la responsabilidad solidaria podría desempeñar un importante papel preventivo. C. BOLDÓ alega que no se pierde la autonomía funcional del grupo ni se niega la existencia y posibilidad legítima de grupo, poniendo como ejemplo la responsabilidad de las sociedades personalistas - con responsabilidad personal de los socios-.

Ahora bien, hay que distinguir la responsabilidad ilimitada como norma general de la responsabilidad objetiva de la matriz en determinados supuestos en los que existe un control efectivo de la filial en los que la asunción del riesgo por el empresario, unido a la dificultad de identificar al agente del comportamiento dañoso, justifica tal mecanismo, como ya vimos a propósito de las presunciones de control. Y sobre todo en determinados supuestos en los que los intereses en juego – esenciales en la construcción del Estado social- exigen un grado de protección superior⁴⁰⁶.

3.5. Conclusiones y propuestas.

Si bien no pretende ser objeto específico de investigación la responsabilidad de los grupos societarios más que como cuestión previa que servirá de fundamento y referencia en el estudio de los foros de competencia en el próximo capítulo, creemos que, en el marco del tema general de los obstáculos en el acceso a la justicia ante tribunales europeos para las víctimas de daños ambientales causados por grupos de sociedades transnacionales con matrices europeas, ésta es una cuestión esencial.

Y no sólo porque permitir comunicar la responsabilidad extracontractual a la matriz parece, en determinados supuestos, la única manera de garantizar una

⁴⁰⁶ P. GIRGADO PERANDONES, *op.cit.*, pp. 83 y ss., menciona especialmente la responsabilidad de la matriz frente a consumidores y usuarios y frente a la protección del medio ambiente.

correcta asunción de los riesgos y unas reparaciones justas y efectivas sino porque la concreción normativa de un deber de la matriz domiciliada en Europa sobre la actividad desarrollada extraterritorialmente servirá de conexión con los foros europeos y con las leyes europeas. Éste es, en la gran mayoría de los casos, el mejor escenario para los perjudicados por la actividad de filiales en terceros países, por los motivos ya comentados en la introducción. Es por ello una cuestión de Derecho sustantivo pero íntimamente conectada con el Derecho internacional privado, como veremos a propósito del próximo capítulo.

Parece evidente, pues, que existe una carencia considerable en la regulación jurídica de los grupos societarios y de su responsabilidad, urgente dada su relevancia en el panorama jurídico y económico internacional, no siendo el levantamiento del velo una solución suficiente a la problemática que representan. Entre las soluciones posibles, nos inclinamos por la positivización de varios aspectos a nivel supraestatal de la UE. Aunque éstos están específicamente pensados para nuestro supuesto de hecho, sería conveniente y deseable que fueran comunes para el mayor número de supuestos posibles, sobre todo cuando están en juego intereses especialmente protegibles y existe una desigualdad entre las partes evidente⁴⁰⁷. Aquéllos serían:

- a) Crear un concepto uniforme y amplio de grupos, que permita la consideración de los grupos verticales y horizontales como realidades dinámicas y tanto a efectos de derechos como de deberes, de obligaciones y beneficios, para garantizar la coherencia de su conceptualización en los distintos campos jurídicos.
- b) Establecer unas normas mínimas de obligado cumplimiento para ser aplicadas por las empresas matrices domiciliadas en la UE en sus actividades extraterritoriales (que conformen el deber de vigilancia). La violación de tales normas resultará en responsabilidad civil, cuanto menos respecto de la víctima, por el comportamiento negligente de

⁴⁰⁷ Igualmente, sería preferible su adopción consensuada por el mayor número de países posible en un instrumento supraestatal que tuviera el mayor número posible de partes contratantes.

aquella. El demandante deberá probar el perjuicio pero es la matriz la que debe probar su diligencia (inversión de la carga de la prueba) para desvirtuar la presunción.

- c) Con independencia de lo anterior, en casos en los que exista un alto grado de control/dirección por parte de la matriz, podría considerarse a la matriz garante del pago de la obligación de la filial, sin perjuicio de su derecho de repetición. Para evitar estrategias de dilación procesal y en atención a los intereses protegidos y a la desigualdad entre las partes, tal garantía será solidaria⁴⁰⁸. Se presumirá *iuris tantum* el control efectivo siempre que se detente al menos el 51% de las acciones o se reciba el 100% de los ingresos, directamente o mediante sociedades pantalla.
- d) En línea con los dos puntos anteriores, se prevería la legitimación pasiva de toda empresa matriz europea cuyo grupo se viera involucrado en daños extraterritoriales que den lugar a responsabilidad extracontractual, sin necesidad de que el demandante probase la relación de causalidad entre el daño efectivo y la matriz. Por tanto, si existiese legitimación pasiva y el demandado fuese de un país de la UE, automáticamente el tribunal del mismo sería competente. Sobre el foro para la filial no domiciliada trataremos en el próximo capítulo.
- e) Dejar que el levantamiento del velo sea, realmente, un *remedy of last resort* para imputar no ya un comportamiento negligente en el cuidado sino una responsabilidad directa sobre los daños. Mientras la prueba del perjuicio y la causalidad correrían a cargo del demandante, la prueba de la independencia entre sociedades, en atención a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, a la desigualdad de

⁴⁰⁸ Más allá de la garantía en el pago y del deber de cuidado va la propuesta para el Derecho suizo que hace F. MEMBREZ, "Legal remedies...", op.cit., p. 3: "The parent company is jointly and severally liable for the unlawful activities and contractual obligations of all group companies, as well as for the unlawful activities and contractual obligations of its subcontractors and suppliers (direct liability; new article 722^a Code of Obligations)".

las partes y a los intereses protegidos, debería recaer sobre la matriz⁴⁰⁹. Sería positivo que, para evitar la ambigüedad y conseguir cierta armonía en las soluciones a nivel internacional, se determinaran los requisitos mínimos que deben concurrir para levantar el velo societario en un texto aprobado por el mayor número de Estados posibles que funcionara como norma de derecho material uniforme para levantar el velo societario⁴¹⁰, si bien la práctica excepcional y heterogénea nos indica que puede ser un acuerdo difícil de alcanzar.

En cualquier caso, a pesar de que numerosos estudios han apuntado ya en este sentido, parece que los intereses económicos siguen siendo muy superiores a los de garantizar el acceso a una justicia efectiva. Y sería ingenuo imaginar un cambio en esta dirección, a menos que la sociedad vaya aumentando la conciencia sobre estas realidades y aumente la presión pública en los políticos. Así lo cree M. EROGLU: “public pressure on politicians will reach a level to force them to introduce a fair liability regime for MNEs”⁴¹¹. Confiemos en que tenga razón. Mientras tanto, tratemos de abordar aquellas pequeñas modificaciones que, no obstante, pueden tener un impacto considerable en el acceso a la justicia. Entre ellas, como veremos, están las cuestiones ligadas a la determinación de la autoridad competente en el ámbito del Derecho internacional privado que abordaremos en el próximo capítulo.

⁴⁰⁹ La reforma de los principios de carga de la prueba en estos supuestos es propuesta por la práctica totalidad de los autores que han trabajado sobre el tema. En particular, vid., G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *op.cit.*, p. 79; F. MEMBREZ, “Legal remedies...”, *op.cit.*, p. 6;

⁴¹⁰ En el mismo sentido, M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, *op.cit.*, pp. 293 y 294; *Résolution de L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), “Obligations...”*, *op.cit.*, pp. 462 y ss.

⁴¹¹ M. EROGLU, *op.cit.*, p. 265.

CAPÍTULO II

DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN CASOS DE DAÑOS AMBIENTALES TRANSNACIONALES. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES MULTINACIONALES COMO SUPUESTOS RESPONSABLES.

I. Introducción. La determinación de la jurisdicción y el acceso a la justicia en el siglo XXI. Algunas reflexiones generales. II. Determinación de la autoridad competente en el sistema español de Derecho internacional privado en nuestro supuesto de hecho. Características generales. III. La determinación de la autoridad competente según las fuentes supraestatales convencionales. 3.1. Fuentes supraestatales convencionales específicas. 3.1.1. Responsabilidad por daños causados a las aguas del mar por hidrocarburos. 3.1.1.1. Los Convenios aplicables en España: génesis y modificaciones normativas. Las principales características del régimen de responsabilidad. 3.1.1.2. Normas de determinación de la autoridad competente en casos de daños por hidrocarburos en las aguas del mar: el artículo 9 del CLC de 1992. 3.1.1.3. Valoración del foro: *locus damni vs. locus delicti* y otras consideraciones. 3.1.1.4. Interacciones con foros del régimen institucional y normas de producción interna. 3.1.1.5. Daños por vertidos de hidrocarburos a las aguas del mar, grupos transnacionales y determinación de la autoridad competente. 3.1.1.6. Aplicación del régimen convencional en España: vía penal vs. civil. 3.1.1.7. Conclusiones al régimen convencional para la responsabilidad civil de daños a las aguas del mar por hidrocarburos en cuanto a la determinación de la autoridad competente. 3.1.2. Responsabilidad por daños causados por la energía nuclear: el Convenio de París de 29 de julio de 1960 y el Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963. 3.1.2.1. Normas de determinación de la autoridad competente en casos de daños nucleares: el artículo 13 del Convenio de París de 1960. 3.1.2.2. Valoración del foro: el principio de jurisdicción exclusiva. 3.1.2.3. Interacción de los foros del régimen convencional y del institucional. 3.1.2.4. Daños nucleares, grupos transnacionales y determinación de la autoridad competente. 3.1.2.5. Conclusiones al régimen convencional de responsabilidad civil por daños nucleares en lo que respecta a la determinación de la autoridad competente. 3.2. Fuentes supraestatales convencionales no específicas. Convenios generales. 3.2.1. Convenios relativos al transporte de sustancias peligrosas. 3.2.2. El Convenio de Lugano de 1993, del Consejo de Europa. IV. La determinación de la autoridad competente según las fuentes supraestatales institucionales: el Reglamento UE nº 1215/2012. 4.1. El ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012. 4.1.1. El ámbito de aplicación espacial. 4.1.2. El ámbito de aplicación temporal. 4.1.3. El ámbito de aplicación material, con especial referencia al supuesto de hecho de la investigación. 4.1.4. El ámbito de aplicación personal. 4.1.4.1. El requisito de domiciliación en el territorio del Reglamento. 4.1.4.2. La frecuente presencia de empresas con participación estatal en los grupos societarios transnacionales: ¿inmunidad de jurisdicción? 4.2. Los foros

para las obligaciones extracontractuales: daños ambientales causados por empresas de grupos societarios. 4.2.1. Foro de la autonomía de la voluntad. 4.2.2. Foro general del domicilio del demandado y grupos de sociedades. Aplicación y fundamento. 4.2.3. Foro alternativo especial del artículo 7.2. 4.2.3.1. Desarrollo jurisprudencial del foro del artículo 7.2 y su paulatina configuración. 4.2.3.2. La concreción del lugar del daño y la valoración del derecho de *optio fori*. La regla de la ubicuidad ante los daños plurilocalizados y los ilícitos a distancia. 4.2.3.3. La interpretación del art. 7.2 en presencia de daños indirectos. Daños ecológicos puros y daños civiles asociados. 4.2.4. Otros foros relevantes para nuestro supuesto de hecho. 4.2.4.1. Foro de atracción en caso de sucursales, agencias o establecimientos secundarios. 4.2.4.2. Foro especial por conexidad procesal: el art. 8.1 del R 1215/2012 y el litisconsorcio pasivo. 4.2.4.3. Foro para la acumulación de ilícitos civiles con ilícitos penales. 4.2.4.4. Foro para las medidas preventivas y grupos de sociedades. 4.2.4.5. Foro para la adopción de medidas cautelares. 4.3. Valoración de las normas supraestatales institucionales en atención a los daños ambientales causados por grupos transnacionales. V. La determinación de la autoridad competente según las fuentes de producción interna. 5.1. Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985. 5.2. La modificación de la LOPJ de 2015. VI. Las normas de producción interna en Derecho comparado en la UE: la competencia residual. 6.1. Foros generales. 6.2. Foros específicos para responsabilidad extracontractual. 6.3. Foros de conexidad ante una pluralidad de demandados. En especial: el caso *Akpan vs. Shell* y el art. 7 del Código de procedimiento civil neerlandés. 6.4. *Forum necessitatis*. VII. Conclusiones y algunas propuestas de *lege ferenda*. 7.1. La heterogeneidad normativa ante demandados no domiciliados. 7.2. Sobre la conveniencia y el fundamento de que matrices y filiales ambas puedan ser juzgadas ante el tribunal del domicilio de la matriz. 7.3. Propuestas de modificación para el Reglamento 1215/2012. 7.3.1. Propuesta de aplicación del foro de conexidad del art. 8.1. a filiales no domiciliadas codemandadas con la matriz del grupo societario sí domiciliada en la UE, por razones de eficiencia –social y económica–, coherencia y, también, conexión con el mercado europeo. 7.3.2. Generalización e inclusión en el Reglamento 1215/2012 del foro de necesidad. 7.3.3. La posible aplicación del 7.2. a no domiciliados. 7.3.4. La posible inclusión de un foro específico de protección para las víctimas de daños ambientales y la consecuente limitación del foro de autonomía de la voluntad. 7.3.5. Limitaciones a la sumisión de las partes. 7.3.6. Cooperación judicial en materia civil.

I. Introducción. La determinación de la jurisdicción y el acceso a la justicia en el siglo XXI. Algunas reflexiones generales.

El estudio de las normas de determinación de la autoridad competente parece a veces asumirse sin cuestionamiento en las investigaciones de Derecho internacional privado, que tradicionalmente dieron prioridad al estudio del conflicto de leyes para determinar el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la cuestión. No obstante, su importancia es principal porque de su adecuada regulación dependen directamente varias cuestiones capitales.

En primer lugar, es importante no perder de vista que las normas que determinan la jurisdicción⁴¹² son reflejo y a la vez construyen las nociones de *comunidad, lugar o vínculo* –jurídicamente hablando– en el imaginario social, buscando establecer una relación de proximidad suficiente entre los tribunales que van a juzgar y la disputa en concreto, por lo que “an assertion of jurisdiction, (...) is never simply a legal judgment, but a socially embedded, meaning-producing act”⁴¹³. Y es la consciencia de este hecho la que debería llevarnos a valorar si, ante las nuevas fuerzas de la globalización y las relaciones que éstas han instaurado, la revisión de las actuales normas de jurisdicción, basadas en una concepción del mundo, del Derecho y de la “pertenencia” *westfalianas*, es necesaria. En ese caso, como afirma P. S. BERMAN, “(...) what are we to make of the fact that our current jurisdictional system seems to correspond so poorly to contemporary social conceptions of space, distance, borders, and community? The challenges posed by the rise of

⁴¹² Nótese que “jurisdicción” y “competencia judicial internacional” no son conceptos sinónimos aunque tradicionalmente así se hayan empleado y aunque los utilizemos indistintamente en este trabajo con ánimo de no incurrir en repeticiones. Mientras el primero hace referencia al poder de los tribunales de un Estado para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con independencia del carácter internacional de la situación objeto de litigio, el segundo hace referencia a “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de las situaciones privadas internacionales”. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. I, op.cit., p. 114; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 2ªed., pp. 52- 53; A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 2008, pp. 359-366.

⁴¹³ G. BETLEM, *Civil Liability for Transfrontier Pollution, Dutch Evironmental Tort Law in International Cases in the Light of Community Law*, Graham&Trotman/ Martinus Nijhoff, London, 1993, p. 23.

online communication and more generally by the forces of globalization have brought this question to the fore”⁴¹⁴.

En el ámbito de la UE, el proceso de unificación del Derecho y, en especial, del Derecho internacional privado, parece ya inevitable⁴¹⁵. La falta de legitimidad democrática del proceso legislativo en el seno de la Unión ha sido denunciada por no pocos autores críticos con la visión oficialista⁴¹⁶ del proceso de unificación jurídica que quiere impulsarse desde Europa, que está movido por un claro objetivo político de integración y flexibilización del mercado común, dominado por los intereses empresariales y que impone normas que son ajenas –*ex post* y *ex ante*, por la propia configuración del proceso legislativo europeo- al control estatal de compatibilidad con el orden público nacional, cada cual diverso por su dimensión cultural propia. Esto, alegan sus críticos, lleva a la aniquilación de la diversidad y riqueza cultural de los ordenamientos jurídicos nacionales y a la creación de un Derecho anónimo, hiperespecializado y extremadamente técnico, al margen de las identidades múltiples que componen la Unión y del control democrático; de un Derecho que es creado por burócratas y técnicos para reforzar el poder la institución.

No obstante, sin perder de vista esta crítica, que debe ser ante todo un aliciente para reforzar el carácter democrático de la Unión y una llamada tanto

⁴¹⁴ P. S. BERMAN, “The globalization of jurisdiction”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, nº2, December 2002, pp. 311-529, p. 527.

⁴¹⁵ Incluso se afirma que ostenta una posición en este ámbito comparable a la del Estado-nación. Vid., M. FALLON & T. KRUGER, “The spatial scope of EU’s rules on jurisdiction and enforcement of judgements: from bilateral modus to unilateral universality?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012/13, pp. 1-37, p. 18: “The EU possesses a legislator, a territory and judges who have to apply the law”; recogido por: I. PRETELLI: “Jurisdiction of the European Union and relations with third states” en: I. PRETELLI & L. HECKENDORN (eds.), *Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes*, Document requested by the European Parliament’s Committee on Legal Affairs, European Parliament, March 2014, p.38. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493024/IPOL-JURI_ET\(2014\)493024_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2014/493024/IPOL-JURI_ET(2014)493024_EN.pdf) [Consulta: 4/4/2014]. Los autores se muestran completamente a favor de la armonización e, incluso, de la completa unificación de las normas de jurisdicción en la UE.

⁴¹⁶ Vid. L. MARI, “Le droit international privé dans l’espace européen dénationalisé”, conferencia impartida en: Journée en l’honneur de Tito Ballarino: La dimension culturelle du droit international privé, 13 juin 2014, Institut Suisse de Droit Comparé, Lausanne (Suiza).

a recordar la falta de inocencia de las organizaciones como a advertir el proyecto político intencionado que está siempre detrás de las normas jurídicas –de lo cual un jurista debiera ser siempre consciente-, no parece que sea aconsejable la negación de ese camino de unificación del Derecho en el mundo de hoy. Nos guste o no, es innegable la existencia de identidades múltiples, que conviven con la proporcionada por el Estado-nación pero la superan como identidad exclusiva y excluyente, la de las relaciones jurídicas cuyos efectos abarcan una pluralidad de países, la de un mercado que no entiende de fronteras territoriales y cuya acción –no siempre positiva para los ciudadanos ni para el planeta- difícilmente puede regularse y controlarse desde una óptica meramente nacional.

No obstante, el fin no justifica los medios. Por ello, todo intento de unificación debería estar basado en valores compartidos por los ordenamientos nacionales y en un proceso de aprendizaje conjunto de los Derechos de los diferentes Estados miembros –alimentado, esto es, del Derecho comparado- que permita crear normas que respondan a las necesidades de regulación actuales en pro del beneficio social y de los más elementales derechos humanos y principios jurídicos internacionales (derecho a un juicio justo, derecho a la vida, a la salud, libertad, propiedad, etc.) pero que sean fruto de un proceso racional y democrático que se desarrolle en paralelo con esa construcción –o mejor dicho, *descubrimiento*- de identidad europea que ha quedado muy por detrás del proyecto de mercado común pero que es necesaria absolutamente para que el espacio de justicia no sea un instrumento al servicio de ciertos grupos de interés económico en manos de burócratas y técnicos sino que responda a los valores esenciales compartidos que impulsaron el proyecto europeo y a la voluntad de sus ciudadanos.

La regulación de la jurisdicción no es ajena, claro está, a estas reflexiones. Tradicionalmente, los puntos de conexión que pretendían encontrar un fundamento adecuado a la competencia judicial internacional se han basado en alguno de los siguientes factores: las partes implicadas, el objeto del litigio o los hechos, la posibilidad de ejecutar la sentencia o la voluntad de las partes en elegir tribunal competente.

En relación a los daños ambientales, el criterio de conexión más utilizado ha sido el del lugar del daño. No obstante, parece evidente que hasta hace poco tiempo la conciencia sobre el carácter transfronterizo y transnacional de los impactos globales de los daños ambientales -y sobre el medio ambiente como bien jurídico protegible- no existía o era mínima, así como la noción de *interés colectivo o difuso* asociada al mismo; la frecuencia con la que las actividades empresariales de sociedades de un Estado afectaban a otros era muy escasa o desconocida; los casos de litigación extraterritorial –por los costes, la dificultad de transporte, la falta de previsiones procesales al respecto, etc.- eran pocos o nulos; etc. En suma, un panorama bien distinto al que la globalización nos plantea, no sólo en cuanto al tipo de daños y a su extensión, sino también en cuanto al tipo de actores –grupos transnacionales de sociedades- y de víctimas, que a menudo son múltiples, domiciliados en diferentes Estados y no siempre identificables con facilidad, realidad que, en palabras de A. NUYTS y N. E. HATZIMIHAIL, “is challenging the traditional mechanisms of civil litigation in Europe and worldwide”⁴¹⁷.

En segundo lugar, ligada a la anterior, el estudio de esta cuestión es esencial porque de ella depende directamente el acceso a la justicia de los ciudadanos; esto es, nuestro derecho a obtener una tutela judicial efectiva y, además, en este caso, el cumplimiento de todos los principios que deben informar el régimen de protección jurídica del medio ambiente, cuya conservación es esencial para el desarrollo adecuado de la vida humana.

En efecto, una regulación adecuada de los foros de competencia judicial internacional, actualizada a la realidad de los daños ambientales causados por grupos de sociedades, nos llevaría a constatar una larga lista de ventajas en el panorama normativo europeo: lograr una correcta consecución de los objetivos de las leyes de conflicto en la materia, evitar resoluciones contradictorias y sentencias no ejecutables, salvaguardar la seguridad jurídica evitando en lo posible los fraudes procesales, compensar los desequilibrios de poder entre las

⁴¹⁷A. NUYTS & N. E. HATZIMIHAIL, *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, 2014, p. v.

partes evitando pruebas *diabólicas* y una anticipación del juicio en sede de competencia, garantizar que el imperio de la ley alcance a las empresas europeas que externalizan riesgos y evitar limbos jurídicos que acaban socializando los riesgos y, con ellos, los daños ambientales, lejos del principio de *quien contamina paga*, mejorar la protección al medio ambiente y a los derechos humanos, etc.

Ahora bien, ¿es esto así?, ¿es la regulación actual de la determinación de la autoridad competente en el seno de la UE adecuada? Es decir: ¿promueve una solución eficiente, previsible, efectiva, pronta y éticamente justa, acorde con los principios de protección ambiental que informan el Derecho de la UE en este supuesto de hecho que nos planteamos?

Basta echar un vistazo a los casos más relevantes de daños ambientales causados por grupos de sociedades para responder negativamente, como ya apuntamos *supra*. Las realidades de los daños ambientales, por un lado, y de los grupos societarios, por otro, parecen cuestiones aún ajenas en toda su complejidad a la regulación de la competencia judicial internacional en materia civil, lo cual, unido a los problemas adyacentes propios del Derecho procesal - como la legitimación en caso de daños ecológicos puros y la insuficiente regulación de estos últimos, la instrumentación de las acciones colectivas⁴¹⁸, los foros de conexidad, las presunciones en materia de prueba o la posibilidad de levantamiento del velo societario⁴¹⁹, etc.-, dificultan el acceso a la justicia y, a la postre, la reparación de daños.

Estos obstáculos han puesto de manifiesto la necesidad de cambios en el Derecho internacional privado y, en concreto, de una redefinición de lo que se consideran las *bases adecuadas* para el ejercicio de la jurisdicción en un mundo en el que las fronteras territoriales están perdiendo su significado en muchos sentidos⁴²⁰. El reto jurídico es palmario: ¿debe y/o puede el Derecho

⁴¹⁸ Vid., *infra*, capítulo III.

⁴¹⁹ Vid., *supra*, capítulo I.

internacional privado en Europa –a nivel nacional y supranacional- arbitrar normas que impidan en lo posible el beneficio del limbo jurídico en el que se desenvuelven muchas de las empresas o grupos de empresas con matrices domiciliadas en algún Estado miembro y que externalizan, junto con su producción o parte de ella, su contaminación y daño ambiental al margen del poder punitivo de la reglamentación en sus países de origen? ¿Cómo puede la institución de la jurisdicción en Derecho internacional privado adaptarse a estos cambios sociales, económicos y empresariales para evitar su propia perpetuación como una herramienta de poder en manos de la parte privilegiada –por razones económicas, jurídicas, políticas, etc.- en un conflicto por daños medioambientales⁴²¹ y para evitar *paraísos de contaminación*⁴²² que no pueden ser aceptados a la luz de los principios internacionales de protección ambiental y del marco jurídico compartido en el seno de la UE?

Sin duda, la globalización y los cambios que en las actividades empresariales ésta ha producido, han dado lugar a situaciones diversas en las que mantener las reglas tradicionales da lugar, en muchos supuestos y con alta probabilidad, no solo a respuestas ineficientes e incompletas, sino también a soluciones incoherentes, imprevisibles e injustas, siendo el medio ambiente uno de los intereses supraindividuales⁴²³ que se ven afectados más directamente por la actuación de grupos de empresas que operan en el mercado global como unidades económicas –operadores únicos- más allá de los intereses intraempresariales y de la multiplicidad de personas jurídicas que bajo aquéllas se agrupan.

⁴²⁰ Aborda esta nueva conceptualización proponiendo un nuevo paradigma: P. S. BERMAN, “The globalization...”, op.cit., *passim*. También, P. MUCHLINSKI afirma, en relación a los grupos de sociedades, que la globalización crea problemas en materia de jurisdicción porque “[*there is a*] mismatch between the territorial scope of state regulatory jurisdiction and the globally integrated organisation of MNE”. Así, se crea un “jurisdictional veil” junto al velo corporativo que es usado para limitar el riesgo, al crearse la ficción de que una sociedad no está “presente” en la jurisdicción del país de otra empresa del mismo grupo. Vid., op.cit., p. 920.

⁴²¹ U otros, como pueden ser los casos de litigación civil por violaciones de derechos humanos.

⁴²² G. BETLEM, op. cit., p. 25, hace referencia a los “pollution havens”.

⁴²³ Otros son la defensa de la competencia, la protección de los consumidores, el cumplimiento de estándares de seguridad, etc.

Así, la externalización del riesgo de contaminación, introduce un factor internacional que, en el ámbito de la competencia judicial internacional, implica, entre otras muchas cosas, que el tradicional *forum delicti commissi*, foro típico en responsabilidad extracontractual, pueda estar localizado en más de un Estado - con la consecuente complicación para determinar cuál es el lugar del hecho generador-, con importantes implicaciones para la práctica de medidas cautelares y de aseguramiento, para la inmediatez en la aplicabilidad de la sentencia, para los costes de litigación, etc., a lo que unimos la frecuente presencia de pluralidad de demandados –sociedades que forman parte del grupo societario-, algunos domiciliados en la UE y otros no, no siempre fácilmente identificables, y junto con ellos, por lo general, una pluralidad de demandantes. A este respecto, en el caso *Dow Chemical and Shell Oil Company vs. Domingo Castro Alfaro*, el juez Lloyd Doggett hizo la siguiente afirmación referida al *forum non conveniens* en EE.UU. pero que bien podría extenderse a cualquier regulación de la jurisdicción que llevara a situaciones parecidas:

“The doctrine of *forum non conveniens* is obsolete in a world in which markets are global and in which ecologists have documented the delicate balance of all life on this planet. The parochial perspective embodied in the doctrine of *forum non conveniens* enables corporations to evade legal control merely because they are transnationals. (...) In the absence of meaningful tort liability in the United States for their actions, some multinational corporations will continue to operate without adequate regard for the human and environmental costs of their actions. This result cannot be allowed to repeat itself for decades to come. As a matter of law and public policy, the doctrine of *forum non conveniens* must be abolished”⁴²⁴.

⁴²⁴ Sentencia de la Tribunal Supremo de Texas, 28 marzo 1990, as. *Dow Chemical and Shell Oil Co. vs. Domingo Castro Alfaro*, C-7743 [786 S.W.2d 674 (1990)], disponible en: http://www.leagle.com/decision/19901460786SW2d674_11357.xml/DOW%20CHEMICAL%20O.%20v.%20CASTRO%20ALFARO [Consulta: 19/5/2014].

Un caso más reciente, juzgado en los Países Bajos y aún sin sentencia firme, pone de manifiesto algunas de las dificultades que encontramos en el ámbito del acceso a la justicia⁴²⁵: La empresa nigeriana, filial de Royal Dutch Shell (RDS), SPDC, es demandada junto con la primera ante un tribunal neerlandés para exigir responsabilidad civil por los daños causados a la propiedad y medios de vida de unos campesinos nigerianos como consecuencia de unos vertidos de petróleo masivos en el Delta del Níger entre 2006 y 2008. La resolución definitiva en primera instancia data de enero de 2013. En ella se afirma la jurisdicción del tribunal neerlandés sobre ambas sociedades (una de ellas no domiciliada en la UE) en base a una norma de Derecho interno y no al Reglamento 44/2001 –hoy ya 1215/2012-, ya que éste –que sí se aplica respecto a la sociedad matriz- condiciona la aplicación de sus normas a que el demandado sea domiciliado, al igual que su foro de conexidad del artículo 6.1 (hoy 8.1).

Ante esto, *prima facie*, cabe plantearse algunas cuestiones: ¿Cómo influye la práctica exclusión de los no domiciliados en Bruselas I en la determinación de la jurisdicción en el seno de la UE? ¿Cuántas soluciones distintas habríamos tenido si la matriz hubiera sido alemana, española, francesa, belga, etc.? ¿La eficiencia perseguida por el foro para pluralidad de demandados justificaría la atracción de la competencia sobre una sociedad no domiciliada en la UE e independiente jurídicamente de su matriz, cuando además los daños se verifican fuera de la UE y la relación de proximidad, por tanto, corre el riesgo de ser mínima –más aún si el demandado domiciliado resulta no ser responsable-? Teniendo en cuenta el inevitable factor político, ¿asegura este foro el reconocimiento de la sentencia y por tanto la justicia efectiva? Etc.

Con ánimo de aproximarnos en detalle a estas cuestiones, y a otras tantas que la realidad nos plantea, analizaremos cómo se determina en este ámbito la autoridad competente en el sistema español de Derecho internacional

⁴²⁵ Éste y otros casos serán analizados en detalle a lo largo del estudio. Sirvan ahora para plantear interrogantes de partida que justifican en buena medida el interés de la investigación que se desarrolla en el presente capítulo. Vid. sobre el particular en más detalle: L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Daños privados...”, op.cit., pp. 548-583; L.J. MCCONNELL, “Establishing liability...”, op.cit., pp. 88-104.

privado⁴²⁶, en el que sin duda tiene un papel central el Reglamento 1215/2012 de la Unión Europea. Establecer la jurisdicción sobre las acciones civiles de reclamación extracontractual por daños medioambientales transnacionales causados por corporaciones nos presenta muy diversos supuestos en los diferentes países que forman parte de la Unión Europea, ya que, pese a la amplitud del ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012, no existe un instrumento normativo que uniformice completamente la determinación de la autoridad competente en este ámbito de obligaciones extracontractuales para todos los países miembros de la UE.

El tema que nos ocupa pone de manifiesto las consecuencias de esta carencia ya que las especiales características de esta materia nos remiten con mucha más frecuencia de la deseada a los ordenamientos nacionales, muy heterogéneos entre sí. Esto puede generar desigualdades en el mercado interior y comportamientos oportunistas, así como incertidumbre en el espacio común de justicia en el que se pretende avanzar. Como afirman L. GORYWODA, N. HATZIMIHAİL & A. NUYS, “the right to obtain compensation for damages following a breach of EU law is the same for all citizens of the EU, but the access to this right is not”⁴²⁷. Situación que se ve superada -más si cabe- en agravio por los ciudadanos perjudicados por una vulneración del Derecho europeo atribuida a alguna empresa domiciliada en un Estado miembro de la UE, habiéndose verificado el daño en el extranjero.

Si bien no puede ser objeto de la tesis el estudio exhaustivo de cada uno de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado –dentro de la UE- y de sus fuentes en relación al tema de estudio, sí podremos, a partir del análisis detallado del sistema español de Derecho internacional privado y de los distintos supuestos que pueden plantearse, aproximarnos a la diversidad de

⁴²⁶ Incluyendo pues el estudio de sus fuentes supraestatales convencionales, institucionales y de producción interna en la determinación de la autoridad competente. Recordamos que queda al margen de este estudio el arbitraje, importante mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

⁴²⁷ L. GORYWODA, N. HATZIMIHAİL & A. NUYS, “Introduction: Market Regulation, Judicial Cooperation and Collective Redress” en: A. NUYS & N. HATZIMIHAİL (eds.), op.cit., pp. 1-58, p. 31.

normas que entran en juego para la determinación de la autoridad competente en este ámbito, incluyendo algunas de Derecho comparado y centrándonos en el instrumento supraestatal institucional común por excelencia, dada su primacía y su amplísimo ámbito material y territorial: el Reglamento 1215/2012. De este estudio se pretenden abordar los principales problemas que encuentran las supuestas víctimas de daños medioambientales causados por multinacionales para acceder a la justicia en relación a los *foros disponibles*, con especial referencia a aquéllos vinculados al acceso a la justicia cuando los supuestos responsables son empresas de grupos transnacionales de sociedades.

II. Determinación de la autoridad competente en el sistema español de Derecho internacional privado en nuestro supuesto de hecho. Características generales.

La jurisdicción en el ámbito de la responsabilidad extracontractual -en el cual se encuadra nuestro objeto de estudio- en el sistema español de Derecho internacional privado está regulada por un amplio abanico de fuentes.

Conscientes de ello, pasamos a sistematizar los foros de competencia judicial internacional que en este ámbito pueden ser utilizados para el planteamiento de una acción de responsabilidad por daños ambientales causados por sociedades y grupos de ellas, dentro del sistema español de Derecho internacional privado. Realizaremos en primer lugar el estudio de las fuentes supraestatales convencionales, supraestatales institucionales⁴²⁸ y de producción interna -en este orden-, analizando los diferentes supuestos que pueden presentarse según el lugar de verificación del daño, según el número de demandados y su domiciliación o según otras circunstancias como la plurilocalización del daño, la existencia de daños indirectos, etc. En este apartado, la jurisprudencia y los casos judiciales aún vivos en el espacio de la

⁴²⁸ Nos centraremos en el ámbito de la Unión Europea, que ejerce el poder de distribuir los casos civiles entre los tribunales de los Estados miembros como parte de la competencia compartida con aquéllos en base al art. 81 TFUE.

UE nos ayudarán a aproximarnos al complejo juego de las normas que determinan la competencia en estos supuestos, en especial en España pero también en otros países de la UE.

Así pues, en el sistema español de Derecho internacional privado, la concurrencia normativa en este tipo de supuestos de responsabilidad civil es frecuente debido a la gran pluralidad de normas – supraestatales convencionales especiales por materia, generales, supraestatales institucionales, de producción interna-. En ocasiones, varias pueden resultar aplicables al mismo caso. Para arbitrar estos supuestos, el sistema de Derecho internacional privado español, *grosso modo*, establece que:

1º- Se aplicará en primer lugar un instrumento internacional, arbitrando la posible concurrencia según las normas *ad hoc* en ellos contenidas y según los criterios clásicos de Derecho internacional público. En el seno de la UE, si el demandado está domiciliado en la UE, la determinación de la competencia se hará en virtud del Reglamento 1215/2012, salvo pacto válido acerca del foro (arts. 25 y 26), salvo competencias exclusivas (art. 24) o salvo convenio internacional específico en razón de materia del que el Estado en el que se presenta la demanda fuera parte y fuese aplicable según el art. 71 (ex. art. 21 de la LOPJ y art. 96.1 CE). En materia de daños medioambientales, existe un foro especial, además del general del domicilio del demandado (art. 4), recogido en el art. 7.2: “En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”. En este capítulo veremos cuál es la interpretación de este precepto y qué circunstancias, dentro de los supuestos de responsabilidad civil por daños ambientales, pueden dificultar su aplicación. Igualmente, estudiaremos los distintos instrumentos supraestatales, sus normas de concurrencia y cómo afecta la presencia de grupos de sociedades en su aplicación.

2º- Si no fuera aplicable ningún instrumento supraestatal, recurrimos a la normativa interna del Estado del foro. En el ordenamiento español esto nos

remite a los arts. 21 a 25 de la LOPJ⁴²⁹. Ésta hace una regulación unilateral de la cuestión al atribuir competencia exclusiva a los órganos judiciales españoles. Concretamente, en materia de responsabilidad por daño extracontractual, la regla se encuentra en el art. 22.3: “(...) en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tenga su residencia habitual común en España”. También estudiaremos en este capítulo dicho precepto, su aplicabilidad práctica teniendo en cuenta el resto de instrumentos, sobre todo los supraestatales institucionales, su interpretación y, a nivel global, el papel que los ordenamientos internos tienen, a día de hoy, a la hora de determinar la jurisdicción en el seno de la UE cuando en los litigios se ven involucradas sociedades no domiciliadas. Como veremos, la modificación de la LOPJ prevé una disposición al respecto, aclarando la posición del ordenamiento español afirmando la competencia en caso de demandados no domiciliados bajo determinados requisitos⁴³⁰.

Esto sin olvidar que, con independencia de la determinación de la competencia que hiciesen los tribunales españoles ante los que se presentase una demanda civil, pudiera ocurrir que también los tribunales de otro Estado se declarasen competentes, generando así un conflicto positivo de competencia, o bien que ni los tribunales españoles ni otros extranjeros ante los que se planteara acción de reclamación reconocieran su competencia, generando así un conflicto negativo de competencia. Ambos conflictos deben ser solucionados adecuadamente para que no se produzca una denegación de justicia ni se obtengan dos resoluciones sobre el mismo asunto que pudieran ser contrarias entre sí⁴³¹.

⁴²⁹ Como la Ley Orgánica 7/2015, de de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº174, de 22 de julio de 2015), entrará en vigor el 1 de octubre, nos referimos al texto antiguo, aún en vigor, refiriendo los cambios que nos atañen y que introduce la nueva Ley expresamente.

⁴³⁰ Ley Orgánica 7/2015, de de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº174, de 22 de julio de 2015).

⁴³¹ Sobre el particular, vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. I, op.cit, pp. 117 y 118.

Es importante precisar que no existen foros especiales en razón de materia para nuestro supuesto de hecho. Los daños ambientales sólo son considerados, a efectos de determinación de la jurisdicción en el Derecho internacional privado español, en relación a dos tipos específicos de daños: los daños por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos y los daños nucleares (daños civiles en ambos casos, se entiende), cuya regulación abordaremos en profundidad en este capítulo.

No se prevé ningún foro –en las normas en vigor de responsabilidad civil– para el caso de daños ecológicos puros⁴³², a menudo transfronterizos y transnacionales, desbordando las competencias de los regímenes administrativos que en muchos países las regulan. Por otra parte, ni en el ámbito convencional, ni en el institucional ni en el régimen autónomo, existe norma alguna que de manera específica regule la competencia judicial internacional en casos en los que se reclama la responsabilidad de sociedades pertenecientes a un grupo internacional, cuya presencia es, por otra parte, frecuente, en los casos de daños medioambientales transnacionales que nos ocupan, en los que concurren generalmente varios ordenamientos jurídicos, varias empresas, varias acciones de distinta naturaleza o ante distintos tribunales, etc.

Ya en 1986 se recomendó paliar esta deficiencia en relación a la responsabilidad de los grupos de sociedades en un estudio del Centro de Naciones Unidas en Corporaciones Transnacionales: “Nevertheless, in some instances it may be necessary to sue a parent company in the home country for the acts or the omissions of an affiliate operating in a different country, mainly because the parent entity may be primarily responsible for the operations of the affiliate, but also because the home country may offer a broader range of remedies, or because the affiliate may be unable to meet in full all the liabilities

⁴³² Es lógico si tenemos en cuenta que estos daños no son reconocidos como resarcibles en juicios civiles en la mayoría de los ordenamientos, tal y como vimos en el capítulo anterior. Por tanto, la única vía es la administrativa, que será brevemente abordada en el punto III del presente capítulo.

incurred. This situation arises in the case of catastrophic accidents or extensive environmental pollution, for instance (...)”⁴³³.

Asimismo, este vacío normativo también motivó una Resolución del Instituto de Derecho Internacional, de 1 de septiembre de 1995⁴³⁴, en la que se proponen algunas directrices para los Estados en relación a las obligaciones de los grupos de empresas, específicamente en materia de jurisdicción:

“3. In addition to such other bases of judicial jurisdiction as it may provide over persons not established in its territory, including jurisdiction based on injury sustained or contracts made or breached in the State, it is open to a State, when a claim for which jurisdiction is asserted arises out of or is closely related to the activities conducted by, or on behalf of, a multinational enterprise in that State, to provide that:

(a) a parent company or a controlling entity of a multinational enterprise is subject to the jurisdiction of its courts on the basis

(i) of the permanent presence in the State of a branch or comparable establishment of the multinational enterprise ; or

(ii) of the permanent presence in the State of a subsidiary so closely linked to the multinational enterprise by common ownership, control, personnel, management, or activity as to be fairly regarded as a mere department or alter ego of the multinational enterprise ; or

(iii) of the existence of circumstances that could justify imputation of liability of the parent company or controlling entity in accordance with Paragraph 2(a) or (b) of these Principles.

(b) another member of the multinational enterprise is subject to the

⁴³³ UNCTC, *The United Nations Code...*, op.cit., p. 22.

⁴³⁴ Résolution de L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), “Obligations of Multinational Enterprises...”, op.cit., vid., principe n° 3.

jurisdiction of its courts on the basis of the existence of circumstances that could justify imputation of liability to that member in accordance with Paragraph 2(c) of these Principles”⁴³⁵.

Por el momento, casi 20 años después de la resolución del IDI, de poco ha servido su recomendación, al menos en el ámbito europeo y en relación a la actividad de las empresas no domiciliadas en el espacio de la UE -pero dependientes de otras que sí lo están-, a las cuales no se extiende la jurisdicción. El criterio expuesto por el principio 2 (c) en relación al 3, que permitiría la atribución de competencia sobre un miembro de un grupo multinacional de empresas cuando éste hubiere participado en la actividad que sirvió de base a la demanda o se hubiere beneficiado económicamente de manera directa de dicha actividad, no parece guiar por el momento norma alguna supranacional de determinación de competencia judicial internacional, cuyos criterios de conexión parecen seguir ignorando las realidades empresariales actuales -ajenas a fronteras de Estados nacionales-, bajo el argumento de impedir los foros exorbitantes⁴³⁶ y proteger la soberanía estatal.

⁴³⁵ El principio 2 (c) es el siguiente: “Liability for claims arising out of contractual or non-contractual relations may also be imputed to another member of the multinational enterprise in circumstances under which the controlling entity could be held responsible in accordance with paragraphs (a) or (b) when that other member has participated in the activity on which the claim is based or has derived direct economic benefit from that activity”.

⁴³⁶ Entendiendo foro exorbitante como aquel que “does not guarantee a sufficient connection with the parties to the case, the circumstances of the case, the cause or subject of the action”. Vid., C. KESSEDJAN, “International jurisdiction and foreign judgements in civil and commercial matters”, Preliminary document of April 1997, num. 7 for the attention of the Special Commission of June 1997 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgements in civil and commercial matters, No. 138, Hague Conference of Private international Law), disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_dp8.pdf [Consulta: 09/6/2015]; o bien como la “jurisdiction validly exercised under the jurisdictional rules of a State that nevertheless appears unreasonable to non-nationals because of the grounds used to justify jurisdiction”, según K.A. RUSSELL, “Exorbitant Jurisdiction and enforcement of judgements: the Brussels system as an impetus for the United States action”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Spring 1993, pp. 2-7, p.2.; O. STRUYVEN, “Exorbitant jurisdiction in the Brussels Convention”, *Jura Falconis*, jg 35, 1998-1999, nr. 4, pp. 521-548, disponible en: <http://www.law.kuleuven.be/jura/> [Consulta: 10/6/2014]; L. MARI: “Jurisdiction of the European Union and third states; theoretical points of reference” en: I. PRETELLI & L. HECKENDORN (eds.), op.cit., p.6.

En nuestra opinión, el principal obstáculo en este tipo de acciones civiles con foros exorbitantes por responsabilidad por daños ambientales frente a corporaciones multinacionales, es la probabilidad de reconocimiento de la resolución una vez dictada en el lugar en el que puede y debe ser ejecutada. Esto es, de poco servirá que un tribunal europeo sancione a una empresa filial con sede en Nigeria si luego la sentencia, alegando precisamente que era un foro exorbitante, no va a ejecutarse. No obstante, en materia de derechos humanos y sin duda en

No son pocos los autores que ven necesario un cambio de la normativa para evitar el abuso de Derecho o fraude procesal que las lagunas en el ámbito de la responsabilidad de los grupos de sociedades producen, con la consecuente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴³⁷. A esto se une la particularidad de los daños ambientales ya expuesta, cuya naturaleza no siempre casa bien con el foro previsto para la responsabilidad extracontractual. Hechos estos comentarios de partida, empezamos pues a examinar las distintas fuentes de las que se nutre el sistema de Derecho internacional privado español en esta materia.

III. La determinación de la autoridad competente según las fuentes supraestatales convencionales.

En el plano convencional supraestatal⁴³⁸, encontramos convenios de Derecho uniforme, específicos según la fuente contaminante, que normalmente

materia medioambiental –así como en otras que sean merecedoras de una especial protección internacional–, es esencial una actuación coordinada y que el rechazo de reconocimiento y ejecución sólo pueda darse en casos en los que existan indicios de que no se ha desarrollado un proceso con todas las garantías. Podría plantearse un convenio internacional que regulase dicha cuestión obligando a los Estados firmantes a reconocer y ejecutar sentencias extranjeras cuando están en juego intereses colectivos, sean de nacionales o no, sea respecto a empresas nacionales o no. Vid. *infra*, p.

⁴³⁷ Vid., por todos, A.M. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 85 y bibliografía allí citada.

⁴³⁸ Existe una gran variedad de convenios en relación al medio ambiente cuyo estudio desborda el objetivo de este trabajo. Entre los más significativos: Convenio de París, de 29 de julio de 1960, sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, complementado por el Convenio de Bruselas, de 31 de enero de 1963, sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear; Convención de Viena de mayo de 1963, sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en vigor desde 1977 y modificado en 1997) y el Protocolo conjunto relativo a la aplicación del Convenio de Viena y el Convenio de París, de septiembre de 1988. Convenio de Bruselas, de 17 de diciembre de 1971, relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares (en vigor desde 1975; BOE nº199, 20 agosto 1975); Convenio de Londres, de 19 de noviembre de 1976, sobre limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas (modificado en 1996 y en vigor desde 1986 y 2004 respectivamente; se refiere a reclamaciones motivadas tanto por daños nucleares como por contaminación por hidrocarburos; ha sido denunciado por España, BOE nº 22 de 25 de Enero de 2007); Convenio internacional de 10 de octubre de 1957, sobre la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques (Protocolo de 1979, en vigor desde 1968 y 1984 respectivamente); Convenio internacional de Bruselas, de 1969, sobre la responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (con Protocolos de 1976 y 1992, modificado en 2000 y en vigor desde 1975); Convenio de Londres de 19 de marzo de 2001, sobre responsabilidad por daños debidos a contaminación por los

datan de los años 1960-1970, y convenios que regulan la cuestión con independencia de qué produce el daño ambiental, que por lo general datan de la última década del siglo XX. Por esta separación temporal la doctrina los ha denominado convenios “de primera generación” y “de segunda generación” respectivamente⁴³⁹. De entre todos ellos, abordaremos los que forman parte del sistema español de Derecho internacional privado y tienen relevancia en cuanto a la determinación de la autoridad competente y, junto a estas fuentes específicas y pese a no estar en vigor, la Convención de Lugano de 1993 que regula la responsabilidad civil de manera general por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, con independencia de la fuente contaminante, que supuso un importante avance, si bien teórico, en su tratamiento.

3.1. Fuentes supraestatales convencionales específicas.

En el ámbito supraestatal convencional, ciertos Convenios internacionales regulan la competencia judicial internacional en relación a las obligaciones extracontractuales para sectores específicos. Destacamos dos materias según

hidrocarburos para combustible de los buques (en vigor desde 2008); Convenio de Basilea de 22 de marzo de 1989, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (en vigor desde 1992), disponible en: http://www2.unitar.org/cwm/publications/cbl/synergy/pdf/cat3/convention_basel/convention_basel/basel_conv_sp.pdf [Consulta: 03/04/2014], instrumento de ratificación de España en BOE nº 227, de 22 de septiembre de 1994; Protocolo internacional de Basilea de 10 diciembre 1999 sobre responsabilidad e indemnización por daños relacionados con el transporte marítimo de residuos peligrosos y sustancias tóxicas; Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños derivados de los efectos transfronterizos de los accidentes industriales en aguas transfronterizas, complementario de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1992, y de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992. Kiev, 21 de mayo de 2003 (no en vigor); Convención de Lugano, de 1993, sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (no está en vigor). Para ver los Convenios multilaterales en materia de medio ambiente en el marco de las Naciones Unidas, vid.: <http://www.dipublico.com.ar/tratados-y-documentos-internacionales-2/tratados-multilaterales-de-las-n-u/> [Consulta: 8/5/2014].

⁴³⁹ Vid., en A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p.61, la referencia a la obra de I.CARACCILO, “La responsabilità internazionale dello stato per l'inquinamento dovuto all'explorazione e dallo sfruttamento dei fondali marini”, *Diritto Marittimo*, 1991, pp. 616-649, p. 628, para el que la segunda generación de tratados comienza tras la Declaración de Estocolmo de 1972 (Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, A/CONF 48/18), y a los accidentes del *Torrey Canyon* y del *Amoco Cadiz* en los años 70.

la fuente contaminante: daños por vertidos de hidrocarburos en el mar y daños por energía nuclear, regulados por varios Convenios que determinan la responsabilidad de manera exclusiva y cuya aplicación, por tanto, excluirá la de cualquier otra norma de determinación de responsabilidad⁴⁴⁰.

3.1.1. Responsabilidad por daños causados a las aguas del mar por hidrocarburos.

3.1.1.1. Los Convenios aplicables en España: génesis y modificaciones normativas. Las principales características del régimen de responsabilidad⁴⁴¹.

La evolución de la normativa internacional específica para la compensación de los daños por vertidos de hidrocarburos en el mar ha sido consecuencia directa de los diferentes desastres medioambientales que han supuesto las distintas mareas negras del último siglo⁴⁴². Siendo uno de los sectores más

⁴⁴⁰ Vid. G. BETLEM, *op.cit.*, p. 298, haciendo referencia a los artículos III (4) y 6 c) ii de las Convenciones para daños por hidrocarburos y nucleares respectivamente. Más adelante veremos cómo no son aplicables los Reglamentos de la UE por prevalecer la fuente de origen convencional (ex arts. 71 Reglamento 1215/2012 y 28.1 Reglamento 864/2007).

⁴⁴¹ No se pretende aquí hacer un análisis exhaustivo de los Convenios sino recordar sus principales características y su evolución para poder entender mejor sus respuestas y desarrollo. Para consultar un amplio estudio sobre el régimen convencional de responsabilidad civil por daños causados por hidrocarburos en el mar, vid., W. CHAO, *Pollution from the carriage of oil by sea: liability and compensation*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, especialmente pp. 37-382.

⁴⁴² El CEDRE (Centre de documentation, de recherche et d'expérimentations sur les pollutions accidentelles des eaux) francés, tiene documentados los accidentes que han causado contaminación de las aguas desde 1917 hasta la actualidad en una tabla muy ilustrativa, ordenada cronológicamente y con especificación del tipo de sustancia contaminante y del tipo de agua contaminada (alta mar, litoral, aguas interiores, etc.). De la contaminación concreta que estudiamos en este punto (contaminación de las aguas del mar –mar territorial y zona económica exclusiva- por hidrocarburos) podemos encontrar numerosos accidentes. Vid. CEDRE website, “Classement chronologique des accidents”. En: <http://www.cedre.fr/fr/accident/classement-chronologique.php> [Consulta 22/09/2013]. Para una información exhaustiva acerca de los vertidos de petróleo al mar, con mapa y estadísticas, vid. The international tankers owners pollution federation limited website: <http://www.itopf.com/>, especialmente: http://www.itopf.com/information%2Dservices/data%2Dand%2Dstatistics/statistics/documents/OilSpillstats_2013.pdf [Consulta: 18/5/2014].

complejos e importantes en el ámbito de los daños ambientales⁴⁴³, pareciera que evoluciona a golpe de catástrofes...

Si bien existían normas internacionales convencionales previas⁴⁴⁴, fue el naufragio del petrolero *Torrey Canyon*⁴⁴⁵, que vertió 107.000 toneladas de petróleo frente a las costas de Cornualles (Inglaterra) en 1967, lo que movilizó a la comunidad internacional bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI)⁴⁴⁶, para aprobar el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por los daños a las aguas del mar por contaminación de hidrocarburos (CLC), firmado el 29 de noviembre de 1969, ante la clamorosa insuficiencia de la normativa internacional y nacional⁴⁴⁷. España ratificó el CLC

⁴⁴³ Entre otros factores: el transporte de crudo por los océanos y mares es muy frecuente en la actividad mercantil; los daños que se provocan –ecológicos y privados– son elevadísimos y de muy rápida propagación, afectando en la mayor parte de los casos a diferentes países, colectivos y a multitud de personas; la complejidad técnica hace muy difícil y costoso atribuir y delimitar la responsabilidad; dada la dificultad de alcanzar acuerdos internacionales, son insuficientes las medidas preventivas y perviven diferentes regímenes que incentivan el *forum shopping*. Vid., A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., pp. 1220 y ss.

⁴⁴⁴ Vid. Convenio para la unificación de ciertas reglas concernientes a la responsabilidad de los propietarios de los buques (1924), el Convenio acerca de la prevención de la contaminación marina por hidrocarburos (1954), el Convenio relativo a la limitación de responsabilidad de los propietarios de los buques que navegan por alta mar (1957) o el Convenio relativo a la intervención de los diversos Estados en casos de contaminación marina peligrosa (1969). Así los cita M. REQUEJO ISIDRO en “Sistema de los Convenios de responsabilidad y del FIDAC” en: M.P. GARCÍA RUBIO Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (COORD.), op.cit., pp. 139-166, p. 140. También, vid., J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997. pp. 59-158, pp. 99-101.

⁴⁴⁵ Vid. sobre el accidente: C. ZIZIOLI, *Il risarcimento del danno derivante da incidente industriali transnazionali*, Giuffrè editore, Milano, 1995, p. 215 y bibliografía allí citada (nota 228); G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, op.cit., p. 50; R. RODIÈRE, “Les tendances contemporaines du droit privé maritime international”, *Recueil des cours*, 1972-I, pp. 328 y ss.; E. DU PONTAVICE, *La pollution des mers par les hydrocarbures (à propos de l’affaire du Torrey Canyon)*, París, 1968, 142 pp.; J.L. AZCÁRRAFA, “Algunas reflexiones en torno al siniestro del Torrey Canyon”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, 1967-3, pp.165-184. Con referencias al acicate que supuso para la regulación internacional, vid. M. A. NESTEROWICZ, “European Union Legal Measures in Response to the Oil Pollution of the Sea”, *Tulane Maritime Law Journal*, 29, winter 2004, p. 1 y bibliografía allí citada (nota 1).

⁴⁴⁶ Organización creada en 1948 e integrada en Naciones Unidas (entró en vigor en 1958).

⁴⁴⁷ Vid. A. KISS & D. SHELTON, op.cit., p. 288; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 67 y bibliografía allí citada, nota 81. Esta insuficiencia también llevó a los armadores y a las compañías de petróleo a firmar Acuerdos voluntarios de indemnización a las víctimas con el fin de evitar un convenio más estricto (más información; íbidem, pp. 70-71). Éstos fueron: “Tankers Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution” (TOVALOP), Londres 7 enero 1969 y

con fecha de 8 de diciembre de 1975, entrando en vigor el día 8 de marzo de 1976⁴⁴⁸.

El Convenio de 1969 pretendía lograr una mayor unificación del Derecho sustantivo⁴⁴⁹ y compensaciones adecuadas para las víctimas, situando la responsabilidad, objetiva y limitada –salvo que se probara la culpa-, en el propietario registral del *buque*, por aquellos *daños* causados por siniestros de contaminación por *hidrocarburos* en el territorio o en el mar territorial⁴⁵⁰ de cualquiera de los Estados parte del Convenio⁴⁵¹. Las calificaciones de *daños*, *contaminación por hidrocarburos* o *buque* son autónomas y las contiene por tanto el texto del Convenio. Son de una importancia capital ya que determinarán qué casos son subsumibles y cuáles no en el régimen convencional; por ejemplo, los hidrocarburos deberán ser “persistentes”, excluyendo otros como gasolina, diesel o queroseno, lo cual implica que muchos supuestos de gravedad y muy frecuentes queden sin reparación por el régimen del Convenio⁴⁵².

“Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution”, (CRISTAL), Londres 11 junio 1971. No serán estudiados aquí al no contener normas de competencia judicial pero pueden ser consultados en: <http://www.jstor.org/stable/20690498?seq=1> y <http://www.jstor.org/stable/20690716> respectivamente [Consulta: 16/5/2014].

⁴⁴⁸ Para su ejecución, se dictaron las Órdenes ministeriales de 4 de marzo de 1976, y de 24 de febrero y 31 de diciembre de 1977. Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE núm. 58, de 8 de marzo de 1976, páginas 4789 a 4794 (6 págs.) Para ver el texto del convenio y los de sus modificaciones y protocolos *vid.* THE INTERNATIONAL OIL POLLUTION COMPENSATION FUNDS, “Responsabilidad civil e indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. Textos del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992, el Convenio del Fondo de 1992 y el Protocolo relativo al Fondo Complementario”, ed. 2011. Disponible en: http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublications/Text_of_Conventions_s.pdf. [Consulta: 23/09/2013].

⁴⁴⁹ No incluye por tanto normas de conflicto para determinar el ordenamiento aplicable sino que contiene una regulación sustantiva y uniforme de la responsabilidad y también de las normas de determinación de la autoridad competente y reconocimiento y ejecución.

⁴⁵⁰ Se amplió también a la zona económica exclusiva con la modificación de 1992. Si el daño se verifica en el territorio de Estados no contratantes el Convenio no es aplicable, siendo otros puntos de conexión irrelevantes.

⁴⁵¹ Vid. Preámbulo del Convenio de Bruselas de 1969 y art. 2.

⁴⁵² Sobre los problemas que estas calificaciones plantean a los supuestos reales, *vid.*, A. RUDA GONZÁLEZ, El daño..., *op.cit.*, pp. 120 y ss., que hace un magnífico análisis del daño ecológico. Para paliar esta limitación del término y, con ello, del ámbito de aplicación, se elaboró el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación

Como decíamos, para asegurar la efectividad de la responsabilidad objetiva de reparar, se imponía al propietario del buque el deber de suscribir un seguro u otra garantía financiera para cubrir su responsabilidad y, en paralelo, se obligaba a cada Estado contratante a exigir dicho seguro o garantía financiera a los buques comprendidos en el Convenio que enarbolen su pabellón como requisito para comerciar, entrar o salir en puertos de su territorio o arribar y zarpar de un fondeadero o estación terminal en su mar territorial.

Sin embargo, las disposiciones del Convenio se mostraron insuficientes en cuanto a las compensaciones. Fruto de esa constatación, se adoptó otra Convención en 1971 sobre el Fondo Internacional para las Compensaciones por Contaminación por Hidrocarburos, que entró en vigor en 1978⁴⁵³. Este fondo, independiente de la OMI y de las Naciones Unidas⁴⁵⁴, se nutriría de las contribuciones hechas por importadores de hidrocarburos y respondería por la cantidad a resarcir que excediera de lo previsto en la Convención de 1969⁴⁵⁵.

No obstante, ambos textos fueron enmendados en 1984 y, posteriormente, en 1992 con los Protocolos respectivos –en vigor desde 1996⁴⁵⁶–, que

por hidrocarburos para combustible de buques (*Bunker-Oil Convention*), firmado en Londres el 23 de marzo de 2001, ratificada por España en el año 2003 y en vigor desde el 21 de noviembre de 2008. Es evidente que la diversidad en la terminología y la posible yuxtaposición de conceptos en determinados aspectos resulta problemática y un motivo de reticencia a la hora de que sea ratificado por los distintos Estados (a fecha 15 abril 2015 son 78 Estados contratantes). *IBÍDEM*, p. 121. Información detallada sobre el Convenio, *vid.*, [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-\(BUNKER\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-(BUNKER).aspx) [Consulta: 22/4/2015].

⁴⁵³ Este Convenio, del Fondo..., se publica en España en el BOE el 11 de marzo de 1982. Dado el número de denuncias de la Convención del Fondo Internacional de 1971, cesó de estar en vigor el 24 de mayo de 2002. La Convención de 1969 sí sigue en vigor.

⁴⁵⁴ M. REQUEJO ISIDRO, “Sistema...”, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁵⁵ Cabe mencionar que algunos Estados, como EE.UU., Canadá, Japón, Holanda o Francia, han creado fondos de compensación alternativos a los creados por los tratados, así como algunos agentes de transporte del crudo. *Vid.*, G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, *op.cit.*, p. 77.

⁴⁵⁶ Ambos protocolos entraron en vigor el 30 de mayo de 1996. A fecha de diciembre de 2006, 115 Estados habían ratificado la modificación de 1992 relativa al Convenio de 1969 y 99 la relativa al Fondo Internacional. España se adhirió a dichos Protocolos el 6 de junio de 1995, denunció simultáneamente el Convenio de 1969.

extienden su ámbito de aplicación espacial no sólo al mar territorial de los Estados parte sino a sus zonas económicas exclusivas, modifican muchas de las definiciones del artículo 1, la posibilidad de expedición de certificados no solo respecto de los buques abanderados en un Estado contratante sino también respecto de los buques que no estén matriculados en éste y, además, incrementan los límites de las compensaciones⁴⁵⁷, estipulando el principio de la responsabilidad objetiva de los propietarios de buques y creando un sistema de seguros de responsabilidad obligatorio. En el año 2003, los límites de las compensaciones se vieron de nuevo incrementados⁴⁵⁸ pero sin modificaciones sustanciales en el texto de las Convenciones⁴⁵⁹. Ninguna previsión se incluyó

⁴⁵⁷ Así, el Protocolo de 1992 establece un sistema de enmiendas de los límites de responsabilidad mediante acuerdos adoptados en el seno del Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional. La primera enmienda, que elevó los límites aproximadamente en un 50 por ciento, fue adoptada por el Comité Jurídico en su 82.º período de sesiones, mediante la Resolución LEG. 1(82), aprobada el 18 de octubre de 2000 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 3 de octubre de 2002. Este nuevo sistema confiere a las cuantías de los límites de responsabilidad un carácter temporal, circunstancia que aconseja que las normas de Derecho interno no establezcan una cuantificación del límite de responsabilidad, sino que, por el contrario, efectúen únicamente una remisión al límite de responsabilidad que corresponda en función del tonelaje del buque, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio de 1992. Esta solución permite que la norma de Derecho interno no quede desfasada y pueda prever las modificaciones futuras en los límites que se vayan produciendo conforme al sistema del convenio y que estén vigentes para el Reino de España. Vid., Exposición de motivos del Real Decreto 1892/2004, de 10 de septiembre, por el que se dictan normas para la ejecución del Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, BOE núm. 226 de 18 de septiembre de 2004.

⁴⁵⁸ En dicha fecha se aprobó un Protocolo que enmienda el Convenio del Fondo de 1992 (Protocolo relativo al Fondo Complementario) que brinda un tercer nivel de indemnización estableciendo un Fondo complementario internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. Este "Fondo Complementario" se financia de modo similar al Fondo de 1992 y su correspondiente Protocolo entró en vigor el 3 de marzo de 2005 para siniestros que ocurrieran en esa fecha o después. Vid., FONDOS INTERNACIONALES DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS DEBIDOS A CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS, *op. cit.*, p. 3; y M.A.MICHINEL ÁLVAREZ, "The Prestige ...", *op.cit.*, pp.171-177. Por otra parte, la afiliación al Fondo Complementario es optativa y está abierta a todo Estado que sea Miembro del Fondo de 1992. La cuantía máxima pagadera por cualquier siniestro es 750 millones de "derechos especiales de giro" del Fondo Monetario Internacional, unidad en la que están expresadas las cuantías en los Convenios de 1992. Vid. ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL, Manual sobre la contaminación ocasionada por hidrocarburos, OMI, CPI Book Limited, Londres, 2011, p. 35.

Los DEG se convierten a la moneda del Estado en donde se han producido los daños debidos a contaminación en función del tipo de cambio específico. A fecha 16/10/2013, 1 dólar americano corresponde a 0,651906 DEG. Tipos de cambio disponibles en: http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms_sdrv.aspx [Consulta: 17/10/2013].

⁴⁵⁹ Como vemos y ya apuntamos al comienzo del epígrafe, los avances en la regulación de esta materia se han producido a "golpe de accidentes": tras el accidente *Torrey Canyon* que motivó la adopción del CLC, en 1989, el accidente del *Exxon Valdez* en las costas de Alaska, con un vertido de 240.000 barriles (40.000 toneladas), propició la aprobación de una ley en

originariamente acerca de los daños ecológicos puros –mucho menos, por tanto, criterios para su valoración-, aunque en la modificación del texto en 1992 se incluyera una referencia en el artículo 6 que precisó que sólo se cubrirían los daños por costes de la recuperación del medio ambiente⁴⁶⁰-; tampoco existen previsiones acerca de los daños causados por empresas transnacionales, cuestiones que sí han tenido que abordar los tribunales en algunos casos comentados más adelante.

Vistas los principales textos al respecto y las principales características de sus regímenes de responsabilidad, pasamos a analizar ahora las normas de determinación de la autoridad competente que contienen. Nos interesan especialmente las del CLC –reproducidas por el Convenio de combustible de buques que por tanto no abordaremos⁴⁶¹-, ya que como vimos el Convenio del Fondo ya no está en vigor por el número de denuncias recibidas y, por su parte, los Reglamentos comunitarios⁴⁶² en la materia no presentan

EE.UU, la Oil Pollution Act de 18 de agosto de 1990, que representa una de las normas nacionales más rigurosas del mundo en el control del transporte de hidrocarburos (vid., *Oil Pollution Act*, 1990, 33 U.S. Code Chapter 40 - Oil Pollution, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/33/chapter-40> [Consulta: 15/09/2014]. A finales del siglo XX, el accidente del buque *Erika*, ocurrido en las costas francesas en diciembre de 1999, impulsó de nuevo el fortalecimiento de la normativa a nivel europeo. Se adoptaron una serie de medidas de seguridad recogidas en los llamados paquetes Erika I y Erika II. Además, se creó la Agencia Europea de Seguridad Marítima. También los accidentes *Nadhodka* (1997) y *Prestige* (2002) provocaron modificaciones. Fuente: F.J. SANZ LURRAGA, M. GARCÍA PÉREZ Y J.J. PERNAS GARCÍA, “Las lecciones jurídicas del caso Prestige: diez tesis sobre la mejora de la seguridad del transporte marítimo y la protección del medio ambiente en España”, *Medio ambiente & Derecho- Revista electrónica de Derecho ambiental*, nº 12-13, diciembre 2005 ISSN 1576-3196. Disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/12-13/LECCIONES_PRESTIGE.htm [Consulta: 17/09/2014].

⁴⁶⁰ Italia, por ejemplo, no había ratificado estas modificaciones a propósito del caso *Patmos y Haven* -que abordaremos después- por lo que seguía sujeto a los textos originales de las convenciones, sin referencia a daños ambientales. Esto implicó la entrada en juego de las normas internas de Derecho italiano en esos supuestos. Según éste, y en temas de legitimación -que aquí nos interesan especialmente, vid. cap. III-, sólo el Estado y las entidades territoriales podían reclamarlos y únicamente el primero de ellos administrar las posibles indemnizaciones. Vid. A. Merialdi, “Patmos y Haven”, en: J. Juste Ruiz y T. Scovazzi (coord.), op.cit., pp. 122-123.

⁴⁶¹ Vid., art. 9 del texto de la Convención de Combustible de Buques, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/273257/6693.pdf [Consulta: 22/4/2015].

⁴⁶² Existen varios textos europeos en relación a la navegación de buques petroleros sin mayor relevancia a efectos de responsabilidad y competencia judicial internacional: el Reglamento UE nº 530/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la introducción acelerada de normas en materia de doble casco o de diseño equivalente para

particularidades en relación a la competencia judicial internacional para casos de daños medioambientales, que se determinará en materia de responsabilidad civil por el Reglamento 1215/2012 que estudiaremos *infra*.

3.1.1.2. Normas de determinación de la autoridad competente en casos de daños por hidrocarburos en las aguas del mar: el artículo 9 del CLC de 1992.

En el momento de elaboración del convenio tras el accidente *Torrey Canyon*, se optó por unas normas de competencia que facilitaran en lo posible su atribución⁴⁶³ y que protegieran de manera más equilibrada que los convenios de responsabilidad por daños nucleares, vid. *infra*, los intereses de las víctimas a la vez que los de los responsables⁴⁶⁴, al permitir que existan varios tribunales competentes, como veremos a continuación.

El CLC 1992 reglamenta la competencia judicial internacional de la siguiente manera⁴⁶⁵:

petroleros de casco único, (DOUE nº 172, de 30 de junio de 2012), que reemplazó los anteriores. También podemos hacer referencia a la Decisión 2002/762/CE del Consejo, de 19 de septiembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio «combustible de los buques»), o a adherirse a dicho Convenio (DO L nº256 de 25 de septiembre de 2002). Vid., al respecto, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1220.

⁴⁶³ Ya que el asunto *Torrey Canyon*, aunque al final se resolvió mediante acuerdo, puso de manifiesto las dificultades para atribuir competencia al tener el accidente conexión con muchos países distintos: pabellón del barco *Liberio*, accidente ocurrido en aguas internacionales, daños verificados en Francia y Gran Bretaña, etc.

⁴⁶⁴ Así, la doctrina apunta al principio *favor laesi*. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 255 y bibliografía allí citada. En nuestra opinión, los tribunales del lugar (o lugares) del daños son en sí mismos muy próximos al asunto, tanto que no hay por qué pensar que tal atribución se hace en beneficio de las víctimas; esto es, no es que en este caso se trate de un foro basado en el principio *favor laesi* sino que en el caso de los daños nucleares se trata de un foro basado en el principio *favor potens* (el foro se fundamenta en el hecho de proteger a la industria, la parte más poderoso).

⁴⁶⁵ Sobre antecedentes y redacción de la norma, vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos), San Sebastián, Servicio central de publicaciones del Gobierno vasco, 1993, pp. 147-148. El Convenio del Fondo reproduce dicha disposición, por lo que no se harán específicos comentarios al respecto.

Artículo 9 CLC 1992:

“1. Cuando de un suceso se hayan derivado daños ocasionados por contaminación en el territorio, incluido el mar territorial, o en una zona a la que se hace referencia en el artículo II, de uno o más Estados Contratantes, o se hayan tomado medidas preventivas para evitar o reducir al mínimo los daños ocasionados por contaminación en ese territorio, incluido el mar territorial o la zona, *sólo podrán promoverse reclamaciones de indemnización ante los tribunales de ese o de esos Estados Contratantes*⁴⁶⁶. El demandado será informado de ello con antelación suficiente.

2. Cada Estado Contratante garantizará que sus tribunales tienen la necesaria jurisdicción para entender en tales demandas de indemnización.

3. Constituido que haya sido el fondo en virtud del artículo V, los tribunales del Estado en que se haya constituido el fondo serán los únicos competentes para dirimir todas las cuestiones relativas al prorrateo y distribución del fondo.”

En España, por tanto, nuestros tribunales serían competentes si los daños se produjeron en territorio español siempre que encaje el supuesto en el ámbito de aplicación del Convenio. Es decir, serán competentes de *manera exclusiva*⁴⁶⁷ para conocer de los litigos por daños a las aguas del mar por contaminación causada por hidrocarburos, los tribunales del Estado (o de los Estados en caso de daños plurilocalizados –con competencia limitada a los daños verificados en su territorio, en este caso⁴⁶⁸–) en cuyo territorio se haya

⁴⁶⁶ *Cursiva nuestra.*

⁴⁶⁷ Vid., J.J. ÁLVAREZ RUBIO, Los foros de competencia., op.cit., p. 91; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “The Prestige...”, op. cit., 2007, p. 173-174; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op. cit., p. 1221 y bibliografía allí citada.

⁴⁶⁸ Así lo opina la mayoría de la doctrina. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 258 y bibliografía allí citada; A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1221.

verificado el daño⁴⁶⁹, teniendo en cuenta que el territorio incluye aguas territoriales y zona económica exclusiva en el sentido del artículo II. Vemos cómo, a diferencia del Convenio de París que abordaremos más adelante, no se limita a uno el tribunal competente.

No obstante, la pluralidad jurisdiccional casa mal con un sistema de responsabilidad limitada. Es por ello que este convenio, al contrario que el de daños nucleares, permitiendo la pluralidad jurisdiccional en atención a los Estados afectados pero no vinculado a la elección de las víctimas, necesita de un mecanismo que garantice la limitación de la responsabilidad. Y es precisamente por la posibilidad de que existan varios tribunales competentes por lo que se añade el tercer apartado del artículo que asegura que un único tribunal –aquél en el que esté consignado el fondo, algo que elegirá la persona responsable- sea competente para distribuir las indemnizaciones con el límite de la responsabilidad que fijan los convenios. Se entiende, claro, que se podrá elegir entre los tribunales ante los que se haya interpuesto una acción y resulten competentes; de no existir acción judicial⁴⁷⁰, ante cualquiera que permitan las normas de competencia del Convenio del Fondo, ex artículo V.3. Interesante acerca de este foro es el análisis que hace A. CRESPO HERNÁNDEZ⁴⁷¹, que permite concluir que el tribunal del Fondo tendría competencia universal respecto a todas las acciones⁴⁷², lo cual sin duda evita

⁴⁶⁹ Sobre este foro, vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008, pp. 11 y ss. y bibliografía allí citada.

⁴⁷⁰ Esto puede ocurrir cuando se constituye el Fondo antes de que se hayan iniciado acciones judiciales. Así ocurrió en los casos *Amoco Cadiz* y *Tanio*.

⁴⁷¹ Quien lo califica de *razanobale* y lo valora positivamente porque permite acelerar el cobro de las indemnizaciones, entre otras virtudes. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 262-268, especialmente p. 263.

⁴⁷² Cabe matizar la opinión de que esto redunde en beneficio de las víctimas por el hecho de que amplíe sus posibilidades de elección ya que el tribunal del Fondo será uno de entre los ya competentes (de aquellos en los que se verificó el daño y por tanto para las víctimas de ese Estado nada alterará) y además lo elegirá el responsable en función de sus propios intereses por lo que aunque para aquellas víctimas del otro Estado distinto al del Fondo puede que no suponga, en verdad, beneficio en cuanto a la posibilidad de elección que redunden en beneficios materiales más allá de que la concentración de acciones y por tanto la innecesidad de reconocer después la sentencia del tribunal del Fondo en el otro Estado, con la consecuente reducción de los costes, sí beneficie a las víctimas.

resoluciones contradictorias y garantiza la limitación de la responsabilidad sin complicaciones.

En relación a las medidas preventivas, será competente el tribunal que hubiere tomado las medidas necesarias para prevenir o minimizar un daño y que para ello hubiere desembolsado una cantidad de dinero a indemnizar por el fondo. Si no se llegara a producir el daño, el tribunal competente es aquél del lugar donde se produjo la pérdida económica, lo cual ha llevado a algunos autores a hablar de *forum actoris*⁴⁷³.

3.1.1.3. Valoración del foro: *locus damni vs. locus delicti* y otras consideraciones.

La opción por el lugar en el que se “verifica” el daño” (*locus damni*) frente al foro del lugar donde se “causa u origina” el daño (*locus delicti*), parece una opción correcta dado el tipo de accidentes ante el que nos encontramos, ya que éstos podrán producirse en alta mar, fuera de toda jurisdicción⁴⁷⁴, lo cual habría complicado la determinación de la autoridad competente en caso de optarse por el segundo criterio⁴⁷⁵. Cuestión distinta es la jurisdicción en caso de que los daños se limiten a las aguas internacionales, no verificándose aquéllos en ningún Estado, cuestión no cubierta por el Convenio y por tanto sin norma de competencia judicial internacional, pese a que, desde la óptica de protección del ambiente y del medio marino no se entienda bien dicha

⁴⁷³ Vid. A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 262 y bibliografía allí citada.

⁴⁷⁴ Como ocurrió en el caso *Montedison*, Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Bastia, 8 de diciembre de 1976, *Recueil Dalloz-Sirey*, Jurisprudence, 1977, pp. 427-429. Sobre el caso, vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., pp. 119 y ss. y bibliografía allí citada.

⁴⁷⁵ En el mismo sentido, vid. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “The Prestige...”, op. cit., 2007, p.173; Conclusiones, en el asunto Minas de Potasio de Alsacia, STJCE 30 noviembre 1976, 21/76, del Abogado General F. CAPOTORTI, *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1977, pp.187- 199, en especial, pp. 198-199. De hecho, este argumento se utilizó por la grupo empresarial Total S.A. a propósito del accidente *Erika* en Francia, en el que para impugnar la competencia del tribunal francés la empresa alegó que el accidente había ocurrido en aguas internacionales y la bandera del barco era maltesa. Obviamente fue desestimado el argumento ya que el daño sí afectó a las costas francesas.

laguna⁴⁷⁶; esto lleva a pensar, junto con el tipo de daños que se prevén y la configuración del Convenio, que la motivación no es el medio ambiente sino la salvaguarda de los derechos económicos de los Estados ribereños siendo el medio marino un simple medio. Lo miope, sin embargo, es ignorar que el efecto de la contaminación del medio marino en aguas internacionales, por hidrocarburos u otras sustancias, sí afectará a la economía de los Estados ribereños en un medio o largo plazo, aunque en la visión política cortoplacista estas reflexiones sean irrelevantes y estén faltas de incentivos.

Por lo demás, este foro del lugar del daño suele presentar una conexión más estrecha con el lugar donde se vertió el crudo que con el Estado del buque y, por tanto, mayor inmediatez o cercanía de los hechos, que facilita la articulación de la prueba de los hechos y de sus consecuencias. Es frecuente, además, que el lugar del daño coincida con el del domicilio de los demandantes, lo cual presenta obvias ventajas para las víctimas pero puede acarrear problemas en sede de reconocimiento y ejecución de resoluciones⁴⁷⁷.

La exclusión de la autonomía de la voluntad y de otros posibles métodos de solución de conflictos extrajudiciales, como el arbitraje, no es unánimemente valorado en la doctrina, como volveremos a ver en el caso de responsabilidad por daños nucleares⁴⁷⁸.

Igualmente cabe plantearse si, en caso de que litigar en el Estado en el que

⁴⁷⁶ A favor de su inclusión, L. LUCCHINI, "Le renforcement du dispositif conventionnel de lutte contre la pollution des mers", *Journal du droit international*, 101, 1974, n° 4, pp. 755-793, especialmente, p. 786; también refiere su ausencia inconveniente, A. RUDA GONZÁLEZ, *El daño...*, op.cit., p. 120.

⁴⁷⁷ Vid. G.PALAO MORENO, op.cit., p. 62 y bibliografía allí citada. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "The Prestige...", op. cit., 2007, pp. 173-174.

⁴⁷⁸ Concretamente en lo que respecta a los causados por hidrocarburos, se ha criticado su prohibición. Vid., S.N. LEBEDEV, "Arbitration provisions in treaties concerning particular spheres of international business and other private relations", ICCA Hamburg Arbitration Congress, 1982, pp. 103 y ss. Citado en: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia...*, op.cit., p. 150, nota 241. Al respecto también: N. ZAMBRANA TÉVAR, "Can arbitration become the preferred grievance mechanism in conflicts related to business and human rights?", *Papeles el tiempo de los derechos*, n°3, 2015, disponible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2015/06/wp-3-15.pdf> [Consulta: 10/6/2015].

se verifique el daño representase un claro perjuicio para las víctimas, bien por la falta de calidad o independencia de su sistema judicial bien por su sistema de Derecho internacional privado que llevara a aplicar un Derecho al fondo más laxo o permisivo con las conductas que dieron lugar al daño ambiental y privado, la elección del foro por parte de las víctimas entre los tribunales del Estado donde se originó el daño (si éste existe; es decir, si el daño no se originó en aguas internacionales, por ejemplo)⁴⁷⁹ y los del Estado donde se verificó el daño, parecería más acertada. Sobre todo teniendo en cuenta que este supuesto no será infrecuente dadas las rutas de transporte de sustancias contaminantes y el carácter transnacional que tienen, no sólo los supuestos de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, sino otros muchos de daños ambientales⁴⁸⁰. Volveremos sobre la posibilidad de elección a propósito de las reflexiones de este régimen de responsabilidad del Convenio en presencia de grupos societarios como supuestos responsables.

3.1.1.4. Interacciones con foros del régimen institucional y normas de producción interna.

Pese a estas consideraciones en torno a la elección de foros de competencia, lo cierto es que el principal problema de este régimen convencional –pese a sus aspectos positivos⁴⁸¹– ha sido lo limitado de sus indemnizaciones, que ha provocado que, en muchas ocasiones, las víctimas

⁴⁷⁹ O, alternativamente, los tribunales del Estado del buque o de la empresa propietaria, que serán los del domicilio del demandado; o los del Estado en el que se constituyó el fondo para evitar el trámite de reconocimiento de sentencias posterior.

⁴⁸⁰ Piénsese, entre otros muchos, en el vertido a las aguas del río Rin en el asunto *Minas de Postasio de Alsacia*, que afectó a Francia y a los Países Bajos; en el accidente de la central nuclear de *Chernobyl* de 1986 - entonces Unión Soviética-, que provocó contaminación en trece Estados europeos; en el hundimiento en 2002 del *Prestige* frente a las costas españolas, afectando sus vertidos a España, Francia y Portugal; en *Deepwater Horizon*, plataforma gestionada por British Petroleum (BP) en el golfo de México, que afectó a México, Cuba y los Estados Unidos de América; etc.

⁴⁸¹ El régimen convencional ha solventado numerosos casos con eficacia. De hecho, el FIDAC ha intervenido desde su constitución indemnizando en un total de 149 siniestros. Vid., FIDAC, Mapa de los Siniestros en: <http://www.iopcfunds.org/es/siniestros/siniestros-mapa/> [Consulta: 10/6/2015].

intenten alejar el litigio de los Estados parte del mismo⁴⁸² - es decir, a algunos (pocos) de la UE o bien no comunitarios⁴⁸³ -. También puede ocurrir que se promuevan las acciones ejercitables según los convenios ante las autoridades que éstos señalan y, además, se presenten otras reclamaciones que no permiten los convenios⁴⁸⁴ según las normas de competencia que correspondan, internas o del régimen institucional, ante otros tribunales. Todo ello provoca la multiplicación de los tribunales competentes, que es justo lo que se quería evitar con la norma del régimen convencional y la inevitable interacción entre éste y el institucional o el Derecho de producción interna.

Lógicamente, esto ralentizará la resolución de la controversia al alejar el litigio del lugar del daño (serán necesarios exhortos, comisiones rogatorias, etc.) además de los inconvenientes por litigar en un sistema judicial con procedimientos, idioma y prácticas diferentes y ajenas al demandante. Pese a ello, para las víctimas tiene el atractivo de poder llegar a conseguir una indemnización superior en sistemas de responsabilidad ilimitada (como el de EE.UU.) o con límites superiores a los establecidos en los Convenios de 1992.

Se deduce de lo anterior que el propietario del buque intentará justo lo contrario: situar el litigio en Estados parte del convenio⁴⁸⁵. Esta diversidad de

⁴⁸² Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "La regla de la especialidad como solución a la concurrencia de normas convencionales" en: IBÍDEM, Foros de Competencia Judicial Internacional en Materia Marítima, Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos, Servicios de Publicaciones del Gobierno Vasco, San Sebastián, 1993, pp. 224 y ss; y a propósito del *Amoco Cadiz*, vid., IBÍDEM, "Los foros...", op.cit., pp. 154 – 156.

⁴⁸³ A fecha de 24/4/2015, los países de la UE que no son parte en el CLC 92 son: Austria, Croacia y República Checa. Además, tampoco lo son algunos países en camino de adhesión o potenciales como: Macedonia, Bosnia y Kosovo. Información actualizada de los Estados parte en la website de la OMI, concretamente en: <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf> [Consulta: 24/4/2015].

⁴⁸⁴ Contra personas que no sean el propietario del buque, por daños no cubiertos por el convenio, etc. Vid., J. M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, "El Prestige...", op.cit., p. 4.

⁴⁸⁵ Así ocurrió en el caso del accidente *Torrey Canyon*, en el que el armador interpuso en EE.UU. una acción de no responsabilidad para que sus tribunales declarasen la prohibición de plantear demanda ante ellos mismos, lo que responde, parece claro, a intentar evitar a toda costa una legislación mucho más exigente en responsabilidad civil del armador que la del CLC 92. Este caso, con una maraña de intereses en juego y de consecuentes acciones judiciales (en Reino Unido, Francia, Singapur, Bermudas y EE.UU), es un ejemplo ilustrativo de la multiplicidad de regulaciones jurídicas que determinan la autoridad competente en estos casos

regímenes aplicables se ve incrementada incluso en el ámbito de la UE por el hecho de que, como hemos dicho, no todos los Estados de la Unión son parte en el régimen convencional, por lo que puede ocurrir que la autoridad competente se determine en base al Reglamento 1215/2012, según sus artículos 4 y 7.2., específico para responsabilidad extracontractual. Por tanto:

1) Si los daños se verifican en el territorio de alguno de los Estados contratantes de los Convenios, incluyendo su zona económica exclusiva, y la demanda se plantea allí, se aplicarán las normas de competencia de los Convenios -en virtud del artículo 71 del Reglamento 1215/2012⁴⁸⁶- para las acciones que, según estos, son ejercitables -según tipo de daños, responsable, etc.-. Para las demás, se aplicará el régimen institucional o el Derecho interno.

2) Si no es así, y la demanda se plantea en un Estado de la UE, se determinará la jurisdicción de acuerdo al régimen del Reglamento de la UE 1215/2012 por tratarse de un supuesto de responsabilidad en materia civil siempre que el demandado esté domiciliado en un país de la UE. También se recurriría al mismo en todo lo que no fuese cubierto por el Convenio en caso de que éste sí fuera aplicable. Si aquél no fuera aplicable, recurriríamos a las normas de producción interna.

3) Si se viera involucrado algún Estado no perteneciente a la UE y no parte del Convenio, con un Derecho más favorable a las víctimas (por las cantidades indemnizatorias, por las ventajas procesales, etc.), como EE.UU., se determinará la autoridad competente según su propio Derecho.

y de cómo criterios como la proximidad del tribunal, el alcance de la responsabilidad en la ley previsiblemente aplicable en ese Estado o la ejecutabilidad de la sentencia pueden llevar a una pluralidad de procesos abiertos sobre la misma cuestión. Ampliamente en: A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., pp. 243-244; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Caso Prestige...", op.cit., pp. 277-279.

⁴⁸⁶ Según éste: "El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones". Por tanto, seguirán siendo aplicables si los supuestos de hecho encajan en su articulado, ya que son tratados internacionales multilaterales que entraron en vigor con anterioridad al Reglamento y que, por especialidad y por contener fueros de competencia exclusivos, deben aplicarse prioritariamente. Vid. G. PALAO MORENO, op.cit., pp. 84-87 y amplia bibliografía allí citada.

Como vemos, existe gran dispersión y concurrencia de posibles foros, lo cual aumenta las posibilidades de *forum shopping* y hace peligrar la consistencia, coherencia y seguridad jurídica en las posibles controversias por contaminación por hidrocarburos de las aguas del mar⁴⁸⁷. Además, con este planteamiento, la determinación de la autoridad competente se hace depender en gran medida de la premura con la que una parte o la otra inicien el litigio y dónde lo hagan. Consecuencia de ello, puedan darse también numerosos casos de conexidad o litispendencia ante pluralidad de procesos abiertos en diferentes tribunales por los variados intereses en juego: los presuntos responsables tratarán de evitar regímenes como el de EE.UU, con responsabilidad ilimitada⁴⁸⁸; los afectados buscarán jurisdicciones próximas que agilicen el proceso (evitando comisiones rogatorias, exhortos y todos los trámites añadidos que implica alejar el pleito) y también aquellas que garanticen la ejecutabilidad de la resolución judicial por la presencia de bienes de los demandados en el territorio de dichos Estados.

Esta última cuestión, que pretende encontrar a responsables solventes, es en muchas ocasiones imposible por la opacidad de los verdaderos responsables que se ve amparada por la actual configuración jurídica y por la diseminación del patrimonio de los grupos empresariales en empresas cuyo único patrimonio es el buque que causó el daño⁴⁸⁹, como veremos a continuación.

3.1.1.5. Daños por vertidos de hidrocarburos a las aguas del mar, grupos transnacionales y determinación de la autoridad competente.

⁴⁸⁷ Así lo señala también J.J. ÁLVAREZ RUBIO (dir.), *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Universidad del País Vasco, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 222.

⁴⁸⁸ Nada garantiza que iniciar una acción ante tribunales estadounidenses por parte de las víctimas suponga la aplicación del Derecho sustantivo norteamericano, ya que en base a la conexión del lugar del daño, el juez norteamericano podría aplicar el Derecho convencional CLC si se produjo aquél en un Estado parte.

⁴⁸⁹ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Caso Prestige. Las demandas ante los distintos tribunales de justicia: realidad, intereses y alternativas" en M.P. GARCÍA RUBIO & S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op.cit.*, p.280.

De entre los principales casos de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, en muchos de ellos se vieron involucrados grupos transnacionales de empresas⁴⁹⁰. En parte debido a la inexistencia de normas al respecto en el régimen convencional que hemos presentado y en parte por el mismo régimen de responsabilidad que plantean (con un único responsable, que tiene a su vez responsabilidad objetiva y limitada y que debe contar con un seguro que garantice el pago de la posible indemnización), los casos que se han planteado en los tribunales de los Estados parte del régimen convencional han considerado con dificultad –cuando lo han hecho⁴⁹¹– la responsabilidad de los grupos societarios más allá de la empresa propietaria del buque implicado si los comparamos con los casos presentados en otras partes del mundo, especialmente en EE.UU. Así ocurrió en casos tan emblemáticos como el *Amoco Cadiz* o el *Exxon Valdez*, en los cuales los tribunales estadounidenses sí consideraron esa especial naturaleza de los actores implicados como responsables. Veamos a continuación sus principales argumentos por si pudiera darnos alguna luz su comparación con el régimen convencional que llega a soluciones bien distintas.

El caso *Amoco Cadiz* fue, sin duda, un accidente catastrófico que puso de manifiesto la complejidad añadida a la responsabilidad civil con un elemento internacional por la presencia de grupos de empresas multinacionales involucrados en los daños, que incitó a la reflexión sobre el posible replanteamiento de las tradicionales normas de Derecho internacional privado para determinar un tribunal competente. El accidente tuvo lugar en las costas bretonas en 1978 y se vertieron al mar unas 230.000 toneladas de petróleo, contaminando costas francesas y británicas, con graves consecuencias para la

⁴⁹⁰ Ejemplos de ello, hayan o no sido considerados judicialmente como grupos, con las consecuencias correspondientes: *Amoco Cadiz*, *Torrey Canyon*, *Exxon Valdez*, *Deepwater Horizon*, *Erika*, *Atlantic Empress*, *ABT Summer*, *Morris J. Berman*, *Jakob Maersk*, etc. Todos ellos se encuentran entre los 22 accidentes más graves –en volumen de toneladas vertidas– que supusieron contaminación de aguas del mar por hidrocarburos. Aprovechamos para destacar la dificultad para encontrar información acerca de los propietarios y operadores de los buques involucrados en accidentes. Entre otros, *Katina P.* o *Sea Empress*.

⁴⁹¹ Un ejemplo claro de éxito es el caso *Erika*, juzgado por los tribunales franceses.

flora y la fauna del entorno, para las Administraciones y los particulares (pescadores y hoteleros de la zona fundamentalmente) afectados⁴⁹².

La complejidad del caso era alta, con un gran número de demandantes y con varias sociedades como demandadas, todas pertenecientes a un entramado empresarial⁴⁹³ con diferentes nacionalidades. El barco que naufragó, construido por la sociedad española *Astilleros españoles*, pertenecía a la empresa liberiana *Amoco Transport Company*, filial de una sociedad estadounidense, *Standard Oil*, que a su vez era la matriz de *Amoco International Oil Company*, que se ocupaba del mantenimiento del petrolero y del *Amoco Tankers Oil*, perteneciendo la carga a filiales del grupo multinacional *Royal Dutch Shell*, que otra filial del mismo grupo aseguraba.

Esta maraña empresarial, con relaciones de estrecha dependencia, impulsó a las víctimas –entre ellas el Estado francés, distintas municipalidades, asociaciones, particulares, etc.–, a plantear la acción ante los tribunales estadounidenses con la intención de obtener mejores reparaciones⁴⁹⁴ –ya que EE.UU. no era parte del CLC–, dado que hacerlo en Francia o Liberia sí habría

⁴⁹² No se pretende aquí hacer un análisis exhaustivo del caso que ha sido ya suficientemente abarcado por la doctrina. Más información sobre los hechos del *Amoco Cadiz* en: J. MARTRAY, “Les leçons de la catastrophe de l’Amoco Cadiz”, *Environmental Policy and Law*, 1978-4, pp.172-177; A. DE RAULIN, “L’Epopée judiciaire de l’Amoco Cadiz”, *Journal du Droit International Privé*, 1993-1, pp. 41-96; C. ROUSSEAU, “Chroniques des faits internationaux”, *Revue Général de Droit International Public*, 1978-2, pp.1125-1151; M. VINAIXA MIQUEL, La Responsabilidad..., op.cit., pp. 382-384. Consulta del texto de la sentencia en: Court of Appeal Judgement (954 F.2d 1279): “In the Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978”, United States Court of Appeals, Seventh Circuit. - 954 F.2d 1279. Argued June 12, 1991, decided Jan. 24, 1992. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/954/1279/128596/> [Consulta: 18/5/2014].

⁴⁹³ Sobre el entramado empresarial, vid. T. SCOVAZZI, “Amoco Cadiz”, en: T. SCOVAZZI y J.JUSTE RUIZ (coord.), *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 23-35; IBÍDEM, “Gli incidente industriali e il velo delle società transnazionali” en: AA.VV., *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale*, Studi in memoria de Mario Giuliano, Cedam, Padua, 1989, pp. 854 y ss.; T. SCOVAZZI, “Industrial accidents and the veil of ...”, op.cit., pp. 413-421.

⁴⁹⁴ Sobre el motor o incentivo económico de dicha acción transnacional, vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p.209; T. SCOVAZZI, “Industrial accidents..”, op.cit., p. 416, que compara la cantidad límite del CLC (77.371.875 Francos franceses) con la cantidad reclamada (769.000.000 USD); E.DU PONTAVICE, “Affaire “Droit de l’environnement versus Droit maritime” ou la décision rendue le 18 avril 1984 concernant L’Amoco Cadiz”, *Annuaire de Droit Maritime et Aérien*, 1985, t. VIII, pp.14-16.

supuesto la aplicación del CLC y la competencia de sus respectivos tribunales, con un régimen menos favorable para los perjudicados.

Los tribunales estadounidenses, pese a las alegaciones de *forum non conveniens* de la parte demandada, aceptan el caso en base a varios argumentos en la sentencia de 1979 que fue reafirmada en la de 1984. En primer lugar, por el *long-arm statute of Illinois*, según el cual cualquier persona, sea o no domiciliado, está sujeto a la jurisdicción del Estado si lleva a cabo algún negocio en él, justificándose la conexión con el caso por el hecho de que el contrato que estaba en el origen directo del daño había sido firmado en Illinois. En segundo lugar, por el artículo III, sección 2, de la Constitución americana⁴⁹⁵ (según el cual “the judicial power shall extend (...) to all cases of admiralty and maritime jurisdiction”), aun habiéndose producido el daño en el mar territorial de Estados miembros del régimen de la OMI.

Respecto a las alegaciones de *forum non conveniens*, se añadió que esa fuente de pruebas (las del lugar donde las negociaciones se habían producido) no estaba peor cualificada, en relación a la facilidad probatoria, que la de Francia (por ser el lugar del daño) o España (por ser el lugar donde el tanque se subcontrató)⁴⁹⁶ y que por tanto, ante la conveniencia de juzgar todo conjuntamente⁴⁹⁷, se declaraba competente frente a todas las reclamaciones y todos los demandados, sin dudar en levantar el velo societario⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Constitución de los Estados Unidos de América, disponible en: <http://constitutionus.com/> [Consulta 14/01/14].

⁴⁹⁶ Vid., Tribunal de Distrito Norte de Illinois, 26 diciembre 1979, as. *In Re Oil Spill By Amoco Cadiz Off Coast of France on March 16, 1978*, [491 Federal Supplement. 170], Fd. IV, disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/491/170/1799083/> [Consulta: 15/5/2014].

⁴⁹⁷ T. SCOVAZZI, “Industrial accidentes...”, op.cit., p. 418.

⁴⁹⁸ Es interesante la valoración que hace T. SCOVAZZI de la decisión del juez americano acerca de su competencia: “Parece ser que el juez americano se vio influido, de manera absolutamente preponderante, por la exigencia de justicia sustancial según las víctimas debían ser indemnizadas por quien había tomado las decisiones de las que resultó el incidente. Por eso el Tribunal atribuyó poca importancia a los problemas de naturaleza procesal o preliminar, aceptando, en cierto modo, que los damnificados pudiera elegir el foro y el derecho que consideraban más adecuados”. Vid., T. SCOVAZZI, “Amoco Cadiz”, op.cit., pp. 23-35; A. C. KISS, “L’affaire d’Amoco Cadiz: responsabilité pour une catastrophe écologique”, *Journal du Droit International*, vol. 112, 1985, pp. 575 y ss.

Esta atribución de competencia fue juzgada por la doctrina como exorbitante, teniendo en cuenta el estrecho vínculo de la acción delictual con un fuero relacionado con un contrato y por la escasa conexión con EE.UU que incluso habría llevado a declarar el *forum non conveniens*⁴⁹⁹, como ocurrió en el caso *Bohpal*, también con entramado societario pero de contaminación química fuera de las aguas del mar⁵⁰⁰.

Sin embargo, como nos recuerda T. SCOVAZZI, el juez del caso no escondió su convencimiento en que “no juridical subtleties and disclaimers could prevent the entity which decided from taking care of the obligations of its instrumentality”⁵⁰¹, ya que la asunción de la competencia por parte del tribunal americano suponía la aplicación de su legislación, mucho más exigente al respecto y con mayores indemnizaciones⁵⁰² y que, de hecho, dio lugar a una sentencia en el que tres empresas (*Standard Oil, Amoco international oil company* y *Amoco Transport company*) fueron responsables; y la matriz, también, por los actos de sus filiales: “*Standard* is responsible for the tortious acts of its wholly owned subsidiaries”⁵⁰³. Entre los motivos aducidos destacan:

- El personal clave se intercambiaba constantemente entre la matriz y sus filiales.

⁴⁹⁹ Sobre este caso, su bibliografía y opiniones doctrinales, en especial respecto al *forum non conveniens*, vid., en profundidad, A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit, pp. 208-213.

⁵⁰⁰ Vid., infra.

⁵⁰¹ T. SCOVAZZI, “Industrial accidents..”, op.cit., p. 426.

⁵⁰² “For the most part, Judge McGarr adopted the arguments of the French claimants, and in so doing, sent a message to large, vessel-owning, oil conglomerates: do not take much comfort in the 1969 CLC, because its limits re easily sidestepped and the control you exert over your ship-owning subsidiaries makes you liable for their actions without limitation.” Vid., J. W. BARTLETT, “In re oil spill by the Amoco Cadiz - Choice of law and a pierced corporate veil defeat the 1969 Civil Liability Convention”, *Tulane Maritime Law Journal*, Spring, 1985, pp. 1-24, p. 5.

⁵⁰³ T. SCOVAZZI, “Amoco Cadiz”, op.cit., p. 26. En contra de que Standard fuera encontrada culpable por falta de evidencia, J. W. BARTLETT, op.cit., p. 9.

- *Standard* manejaba las operaciones de sus filiales como si fueran propias y tomaba las decisiones importantes o, al menos, daba su consentimiento bajo estricto control.
- Los directivos tenían ligera o inexistente percepción de que las empresas fueran diferentes.

Varias son las cuestiones controvertidas en este caso, si bien, en cuanto a determinación de la autoridad competente, lo que pone de manifiesto es la gran complejidad societaria ya en 1978 y la insuficiencia y necesidad de fueros que sin ser exorbitantes impidan “inmunidades de facto” de sociedades que, excusadas en el principio de la separación jurídica, utilizan ésta para evitar responsabilidades. En esta línea, estamos de acuerdo con T. SCOVAZZI cuando afirma que: “the veil is still a weapon on the side of transnational corporation” (..) “the protective effect of the veil is incompatible with some evident requirements of substantial justice”⁵⁰⁴. Con todo, este caso puso de manifiesto los fallos del sistema internacional de responsabilidad y la poca eficacia en la práctica de los objetivos del CLC.

Es interesante analizar cómo, de haberse planteado la reclamación en algún país de Europa firmante del CLC (casi todos, vid. *supra*), el resultado habría sido mucho menos satisfactorio, no sólo al margen del régimen indemnizatorio aplicable –limitación ya comentada- sino también respecto a la posibilidad de levantar el velo⁵⁰⁵. Esto es, el Convenio no prevé nada acerca de que la empresa responsable sea parte de un grupo multinacional y que sea directamente controlada por otra empresa. De hecho, los tratados internacionales no suelen dar a las víctimas herramientas específicas para

⁵⁰⁴ T. SCOVAZZI, “Industrial...”, op.cit., p. 422. Vid., todo lo afirmado respecto al levantamiento del velo en el capítulo I.

⁵⁰⁵ A la misma conclusión llegamos, reforzándola, analizando el caso *Exxon Valdez*, en el que se consiguen altas indemnizaciones, incluidos los daños ecológicos puros, y atribuir la responsabilidad a la matriz del grupo sin recurrir al mecanismo del levantamiento del velo. El abordaje de este caso desde el punto de vista de la determinación de la autoridad competente no tiene mayor relevancia dado el carácter interno de todos sus elementos (lugar del daño, pabellón del buque, nacionalidad de las empresas implicadas), por lo que, aplicando la regla del *forum delicti commissi* se declararon competentes los tribunales estadounidenses, en concreto, la Corte Federal del Distrito de Alaska, sin que otra posible jurisdicción pudiera verse implicada.

“levantar el velo” o lograr efectos equivalentes, cuestión que es interesante no sólo en el Derecho aplicable sino también en sede de competencia, ya que, con las disposiciones en vigor, el único responsable –legitimado pasivo- es el propietario. Caben dos preguntas:

¿Podríamos demandar a otra empresa que controlase directamente a la propietaria del buque, de manera que se utilizase ese mismo artículo IX por considerarse *de facto* una misma empresa, a pesar de que sólo una, la involucrada directa, fuese la propietaria formal del buque?⁵⁰⁶ En principio, la excepcionalidad con la que se recurre a este mecanismo en el seno de la UE y la interpretación del artículo 4 del Reglamento 1215/2012 en ese sentido –que no permite considerar “domiciliado” en un país de la UE a la filial no domiciliada controlada totalmente por la matriz sí domiciliada-, nos inclinan a responder negativamente salvo que se tratara de una *filial aparente*⁵⁰⁷. En el caso de un Estado europeo no parte del Convenio, la respuesta sería, salvo norma interna que lo permitiera, también negativa, si se tratara de filiales no domiciliadas – como en este caso del *Amoco Cadiz*-⁵⁰⁸.

¿Cabría plantear, junto con la demanda al propietario formal –en caso de que fuera la filial- al amparo del Convenio, una demanda a la matriz basada en su responsabilidad civil por actos de terceros, basada en el art. 1908 Cc y en base a los fueros generales al margen del Convenio? En nuestra opinión, si bien parece posible técnicamente, es probable que no llegara a buen término

⁵⁰⁶ Esto tendría sentido en caso de que el seguro del propietario no cubriera la indemnización a pagar o en caso de que dada la problemática de estos daños y la configuración de los daños, el Estado debiera intervenir. ¿Cabría considerar que, antes de la intervención del Fondo y, por supuesto, antes de la intervención del Estado, fuesen la empresa y su grupo –en caso de que exista control- las que se hicieran responsables del daño?

⁵⁰⁷ Vid., infra, p. : algunos autores han señalado que el art. 1908 del Cc podría servir como fundamento para calificar de propietaria –en sentido amplio- a la matriz –que tenga el 100% de las acciones o participaciones de la filial, directa o indirectamente- y hacerla responsable de los daños, sin necesidad de recurrir a la técnica del levantamiento del velo. También, si el control –por el grado de integración- es tal que la filial sea considerada una mera agencia o departamento de la matriz, sin autonomía real, por lo que cabría la extensión de la responsabilidad objetiva, excepcionalmente.

⁵⁰⁸ Abordaremos esta cuestión más detenidamente a propósito del estudio del Reglamento 1215/2015.

por la reticencia, al faltar base normativa que dé seguridad jurídica, a considerar la responsabilidad de la matriz y quebrar los *sagrados* principios de independencia jurídica y responsabilidad limitada.

Otra cuestión que merece la pena subrayar aquí, pese a que su problemática es común a cualquier reclamación por daños ambientales y será abordada ampliamente más adelante, es la legitimación activa de las asociaciones. La sentencia en el caso *Amoco Cadiz* no sólo afirma su legitimación –pese a que dice no ser una cuestión claramente regulada en Derecho francés⁵⁰⁹, *lex causae* del litigio- tanto para litigar en su propio interés colectivo como para representar las pretensiones individuales de los afectados⁵¹⁰ facilitando la administración de justicia, sino que, además, reconoce su derecho a reclamar compensaciones por el dinero gastado en reparar los efectos de la contaminación⁵¹¹ lo que, de alguna manera, consigue la reparación de los daños ecológicos y que el actor contaminante se haga cargo del coste. Esto fue un logro indudable aunque finalmente en la sentencia no se reconocieran las pretensiones de daños ecológicos puros, como ha criticado parte de la doctrina⁵¹².

⁵⁰⁹ No obstante, si bien de manera posterior al accidente del *Amoco Cadiz*, el *Tribunal Correctionnel de Paris*, en su decisión en el caso *Erika*, cit. supra., reconoció el derecho de las asociaciones de defensa del medio ambiente a reclamar compensaciones por los daños ecológicos puros. Vid., D. PAPADOPOULOU, “The role of French Environmental Associations in civil liability for environmental harm: courtesy of Erika,” *Journal of Environmental Law*, vol. 21, no. 1, 2009, pp. 87-112. Además, su Código de Medio Ambiente –artículo L142-1- reconoce, si bien en el procedimiento contencioso-administrativo, la legitimación de las ONG, tal y como ocurre en España, sólo frente a actos de la Administración. Vid., ampliamente en el capítulo III.

⁵¹⁰ Posteriormente determina que será la asociación misma la encargada de repartir las indemnizaciones entre los perjudicados y, si no existiera acuerdo, pasará dicha función a los tribunales franceses.

⁵¹¹ Poniendo como ejemplo de medida de reparación ya ejecutada la creación de una clínica para los pájaros enfermos. Vid. Sentencia McGarr. F., 1988. Findings of fact. conclusions of law. and memorandum opinion; in re oil spill by the Amoco Cadiz off the coast of France on March 16. 1978. MDL Docket No. 376. United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division. 459 pp. También, Tribunal de Distrito Norte de Illinois, 15 junio 1992, as. *In re oil spill by the Amoco Cadiz Off the Coast of France on March 16, 1978* [794 F. Supp. 261 (1992)], disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/794/261/1477077/> [Consulta: 15/5/2014].

⁵¹² Entre otros, T. SCOVAZZI, “Amoco..”, p. 35. Además, esta parte de la sentencia, que desestimaba las pretensiones de reparación por daños ambientales puros, no fue recurrida en apelación.

3.1.1.6. Aplicación del régimen convencional en España: vía penal vs. civil.

Lo cierto es que, en España, estos convenios multilaterales específicos en razón de la materia no se han aplicado para determinar la competencia internacional de los tribunales españoles en los principales accidentes por vertidos de hidrocarburos que han afectado a nuestro país, ya que se han tramitado por la vía penal atendiendo a las normas de competencia de producción interna para dicho orden jurisdiccional, con los consecuentes efectos en la asignación de responsabilidades civiles en vía penal⁵¹³ que abordaremos más adelante.

Aunque algunos autores critican el fundamento de que se considere la norma de determinación de la autoridad competente en materia penal, también cuando la responsabilidad civil va a tramitarse en el mismo procedimiento⁵¹⁴, poca importancia ha tenido en la práctica ya que los tribunales civiles habrían sido igualmente competentes en virtud del Convenio al haberse producido allí los daños. Así ocurrió, en España, en los casos de *Aegean Sea* y en el del *Prestige*⁵¹⁵. Este hecho ha afectado también a la posibilidad de juzgar la responsabilidad de la empresa –o empresas- involucradas, ya que, hasta la reforma del Código penal el año 2003⁵¹⁶ no se reconoció la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran incurrir en responsabilidad penal.

⁵¹³ Basta como ejemplo la crítica negativa casi unánime que se hizo a la sentencia del caso *Aegean Sea* en relación a la responsabilidad civil, pese al reconocimiento del esfuerzo del juez por dar la máxima cobertura a las víctimas. Vid., M. CASTILLO DAUDÍ, op.cit., pp. 297 y 298.

⁵¹⁴ Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., pp. 193-196 y p. 253, para el caso de *Aegean Sea*. También, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1222, que consideran que la sentencia es un “rosario de errores de [sic.] proporciones muy considerables”. Compartimos la crítica, ya que lo determinante es la calificación de la materia objeto de litigio –esto es, su naturaleza- y no el órgano jurisdiccional que conozca del caso.

⁵¹⁵ Sobre esta cuestión, se puede ver M.A. ÁLVAREZ, “The Prestige...”, op. cit., 2007, pp.171-177; L. RAMS RAMOS, “El reparto competencial en los casos de catástrofes marítimas por vertido de hidrocarburos: el caso del Prestige”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXLIX, 4 (octubre-diciembre 2002), pp. 617-641; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1223.

⁵¹⁶ Artículo 31 bis del Código penal, introducido por el apartado cuarto del artículo único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (B.O.E. de 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

En el caso del accidente del *Aegean Sea*, petrolero griego que encalló en las costas gallegas el 3 de diciembre de 1992, vertiendo al mar unas 80.000 toneladas de crudo, el juzgado español de primera instancia fundó su jurisdicción en que la LOPJ le atribuía la competencia internacional para conocer del caso en materia penal, sin tener en cuenta las disposiciones del CLC o del Convenio del Fondo, ya que las normas españolas de competencia de la jurisdicción penal no daban lugar a dudas, aunque aquéllas hubieran llevado, en la práctica, al mismo resultado⁵¹⁷. El caso, además de por los innumerables errores que contiene en la fundamentación de la responsabilidad de la sentencia, no merece respecto a nuestro objeto de estudio mayores comentarios, al no verse involucrados grupos societarios como demandados y porque al final el asunto se cierra con un acuerdo extrajudicial entre el propietario del buque, la compañía de seguros y el Fondo, de una parte, y el Estado español, de otro, recibiendo éste casi sesenta millones de euros⁵¹⁸.

El caso *Prestige*, buque monocasco que se hundió en el año 2002 frente a las costas gallegas vertiendo unas 77.000 toneladas de fuel, también se solventó por vía penal en vez de civil, decisión desafortunada a la vista de los resultados y a pesar de los cuantiosos daños que afectaban intereses privados en una pluralidad de países, especialmente en España y Francia⁵¹⁹. Así, el juzgado de Instrucción de Corcubión en primer lugar y, finalmente, tras inhibiciones varias, la Audiencia Provincial de A Coruña, fueron los responsables de conocer el caso⁵²⁰. Es sin duda esta elección de la vía penal

⁵¹⁷ Vid., M. CASTILLO DAUDÍ, "Aegean Sea" en: J. JUSTE RUIZ y T. SCOVAZZI (coord.), op.cit. pp. 263-298, especialmente pp. 275 y 283-284.

⁵¹⁸ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1223; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 297. Nótese que sí tienen relevancia los errores respecto de la solución de fondo alcanzada.

⁵¹⁹ Al concurrir responsabilidad penal y civil, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la víctima puede elegir si iniciarlas conjuntamente o de manera separada, pero mientras esté pendiente la acción penal no se ejercerá la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. Artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Publicado en *Gaceta* de 17 de septiembre de 1882. Artículo que no se ve alterado con las reformas de la LECrim en tramitación.

⁵²⁰ En relación a la acción penal, los tribunales españoles serán competentes para conocer de aquellos casos en los que el acto supuestamente delictivo fue cometido en el territorio español

–movida quizás por intereses políticos y condicionada por elementos mediáticos- uno de los puntos más criticados del caso *Prestige* que, tras once años de procedimiento, se ha saldado en vía penal (con la única ulterior posibilidad de recurso de casación, con escasísimas posibilidades de éxito) sin responsabilidades penales reseñables –únicamente un delito de desobediencia del capitán del buque sin mayor relevancia ya que, además, no conlleva responsabilidad civil derivada- y, en consecuencia, sin responsabilidad civil apreciable. Así, no podrán ser prorrateadas las cantidades depositadas al comienzo del procedimiento en concepto de fondo de limitación de responsabilidad ex CLC 1992 por la entidad aseguradora, la *Steam Ship Owners Mutual Insurance Association (The London P&I Club)*:

“Naturalmente, la distribución de esta suma de acuerdo con la normativa explicitada sólo se puede hacer en virtud de una ejecutoria en que se produzca una condena explícita en materia de responsabilidad civil, cual no es el caso, de modo que la unanimidad de todas las partes en la necesidad de distribución a prorrata de esa suma parezca extraña”⁵²¹.

Así, la sentencia finaliza aclarando: “Consecuentemente es imposible proceder ahora a la distribución a prorrata de esa suma consignada, sin perjuicio de lo que las partes puedan interesar como medidas cautelares de orden civil respecto al destino de esa consignación y lo que pudiera interesar la entidad aseguradora que no se ha dignado comparecer en este juicio, para el caso de que esta sentencia alcanzase firmeza”.

Por tanto, tendremos que esperar a ver si se plantea una acción civil tras la sentencia firme y en qué términos, siempre que aquélla no haya ya prescrito, para poder concluir si finalmente es el Estado español –y el Estado francés en su territorio-, es decir, los ciudadanos, los que soportaremos el grueso de los

o a bordo de buques o aviones nacionales. Se entiende, según la doctrina mayoritaria, de acuerdo a la teoría de la ubicuidad, que el acto se considera cometido tanto en el lugar en el que se ha producido el daño como en el lugar en el que se produjo el acto que lo originó. En este caso, los tribunales españoles serían en ambos sentidos competentes. Vid. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “The Prestige...”, op. cit., 2007, p.173.

⁵²¹ SAP A Coruña 13 noviembre 2013, op.cit., [ARP 2013\1132], p. 259.

daños. Pero como vemos, no es problema de la sentencia, perfecta en la aplicación del Derecho en vigor –opinión compartida casi unánimemente por los juristas que la han valorado- sino de la inadecuación de la vía penal – basada en el principio de intervención mínima- para dar respuesta a este tipo de accidentes⁵²².

En caso de plantearse una acción civil cabe preguntarse si se aplicaría el CLC para la determinación de la autoridad competente, lo cual señalaría a los tribunales españoles para los daños verificados en su territorio⁵²³. No obstante, las reclamaciones de todos los daños no cubiertos por aquél o las acciones planteadas contra otros sujetos distintos al propietario –o aseguradora- deberían ajustarse a normas del régimen institucional o de producción interna⁵²⁴. En el caso *Prestige*, quizás es la mejor opción no reducir las acciones por responsabilidad civil a las previstas en el Convenio. Como la misma sentencia apunta⁵²⁵:

“Pudiera argumentarse que la peculiaridad del negocio que se desarrollaba en y por medio del *Prestige* permite que su gestión confusa haga que figuren como responsables personas jurídicas de escaso poder económico y

⁵²² Entre otros: J. CASAS, “El caso *Prestige*: ¿Puede causar una injusticia una sentencia ajustada a Derecho?”, entrada en el blog *¿Hay Derecho?*, disponible en: <http://hayderecho.com/2013/11/18/el-caso-prestige-puede-causar-una-injusticia-una-sentencia-ajustada-a-derecho/> [Consulta: 21/5/2014]. En el mismo sentido, señalando la “ineptitud del Derecho penal para responsabilizar a la fuente industrial que los genera [los daños ambientales] y que se beneficia de la actividad económica desarrollada”, vid., F. NIETO MARTÍN, “Medio Ambiente y Derecho: El ejemplo de Aznalcóllar”, *Diario La Ley*, año XXIII, nº5603, 3 septiembre 2002.

⁵²³ Según algunos autores no se trata de un foro de jurisdicción absoluta, y por tanto los demás Estados juzgarán los daños verificados en sus propios territorios, como apuntamos *supra*. Vid., M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “The *Prestige*...”, op.cit. p.174, para quien parece la interpretación más razonable del artículo IX, ya que cuando el CLC establece jurisdicciones absolutas, lo hace de una manera explícita, como ocurre en el artículo IX.3 CLC 92. Sin embargo, recordamos la posibilidad de que todas las demandas se unifiquen ante el tribunal en el que se consignó el Fondo. En el caso *Prestige* –recordemos que en vía penal- los tribunales franceses se inhibieron a favor del juzgado de Corcubión aún siendo competentes para conocer de los daños verificados en su territorio. Vid. P. GONZÁLEZ, “Francia se inhibe en favor de Corcubión en el caso *Prestige*”, *Diario La Voz de Galicia*, 24 de mayo de 2006. En: <http://otvm.uvigo.es/prensa/documentos/20060524LaVozDeGalicia.pdf> [Consulta:21/10/2013].

⁵²⁴ Se hace eco de esta concurrencia normativa en sede de competencia S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, op.cit., p. 284.

⁵²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, op.cit., p. 256.

absolutamente imposibilitadas de hacer frente a tal responsabilidad, cual puede ser cierto y si eso se tolera en el ámbito propio del negocio, sería incluso posible acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica para identificar a los verdaderos responsables. Es verdad que parece existir una cuasi identidad entre Mare Shipping y Universe Maritime, pero una de esas entidades no es parte en este juicio, como se argumentó en auto de fecha 31/10/2012, lo cual no impide abundar en esa consideración en el contexto argumental de la confusión en la gestión como medio de eludir responsabilidades o de intentarlo.”

Y es que tampoco en este campo la actividad de los grupos transnacionales es irrelevante. De hecho, el principio de independencia jurídica que *a priori*, so pena de un costoso procedimiento, impide responsabilizar a la matriz o a otras empresas del grupo por las deudas y actividades ilícitas de alguna de sus filiales, ha fomentado la práctica fraudulenta de constituir sociedades individuales, una para cada buque-tanque (*single-ships companies*)⁵²⁶ y, si bien existen algunos instrumentos legales para comunicar la responsabilidad de la filial a la matriz y evitar posibles abusos (como la doctrina del levantamiento del velo, la teoría legal de la responsabilidad por comportamiento o la invocación de la responsabilidad de la matriz en tanto que administrador de la filial –como hemos visto en los casos de *Exxon Valdez* o *Amoco Cadiz*-), lo cierto es que su aplicación práctica ha sido minoritaria en estos casos –especialmente en países de la UE- y las expectativas de éxito improbables. Además, resulta difícil justificar la demanda contra una sociedad –la matriz, normalmente- que no se vio *a priori* directamente involucrada en los daños, con una difícil imputación de los hechos, prueba de la causalidad y, también, uso de los foros de competencia internacional. En esta sede, por tanto, las dificultades se hacen también presentes, agravadas, en la UE, por la dificultad de juzgar a sociedades extranjeras no domiciliadas en la UE, como veremos en detalle más adelante.

⁵²⁶ Vid., F. J. SANZ LARRUGA, M. GARCÍA PÉREZ Y J. J. PERNAS GARCÍA, “Las lecciones jurídicas...”, op.cit.

3.1.1.7. Conclusiones al régimen convencional para la responsabilidad civil de daños a las aguas del mar por hidrocarburos en cuanto a la determinación de la autoridad competente.

Como señala S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la determinación de la autoridad competente en este ámbito se caracteriza por una pluralidad normativa que oscurece la certitud acerca de la jurisdicción y la competencia⁵²⁷. Esta inseguridad es provocada no sólo por las diferencias en Derecho comparado y la ausencia, en muchos casos, de convenios internacionales uniformes al respecto, sino por las mismas dificultades en Derecho interno.

Si bien están claras las normas básicas de elección (si existe un convenio internacional aplicable no se aplica la normativa interna, si existen varios convenios aplicables, habrá que estar a las normas que ellos mismos recojan sobre concurrencia o, en ausencia de éstas, a las reglas y usos generales de Derecho internacional público: prevalencia del texto posterior sobre el anterior, del especial sobre el general o del más eficaz sobre el menos eficaz⁵²⁸, etc.), lo cierto es que la diversidad y la complejidad de esta confluencia de normativas – convenios, normativa de la UE que veremos *infra*, regímenes internos, distintos órdenes jurisdiccionales afectados- unido a la falta de coordinación entre ellas y a las diferentes interpretaciones que en sede judicial pueden hacerse de ellas no juegan a favor de la seguridad jurídica⁵²⁹. Si a esto unimos el problema añadido de los grupos societarios como sujetos involucrados y la determinación de la competencia respecto a ellos, la previsibilidad es aún menor.

Si bien el régimen del CLC pretendía crear un marco uniforme que incrementara la protección y la certitud en sede de competencia y respecto del

⁵²⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, op.cit., p. 286.

⁵²⁸ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La responsabilidad...”, op.cit., p. 322.

⁵²⁹ Sobre las diferentes relaciones que entre dichos instrumentos pueden plantearse y sobre los problemas que estas interrelaciones pueden conllevar, vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, Los foros de competencia..., op.cit., pp. 150 y ss.; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., pp. 80-98; G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., pp. 36-48 y 83-87; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, op.cit., pp. 286-287.

tipo de responsabilidad, la práctica ha desvirtuado dichos objetivos⁵³⁰. Entre otras causas⁵³¹ citaremos las siguientes: la no ratificación de los tratados por algunos Estados; los límites compensatorios, que provocan una huida de los demandantes hacia jurisdicciones sin límites de responsabilidad, como la estadounidense⁵³²; su limitado ámbito de aplicación en relación a los daños – por la definición de hidrocarburos a efectos del Convenio - y a los posibles responsables ha incrementado la concurrencia de normas en un mismo supuesto y, así, la concurrencia de foros, de jurisdicciones competentes y, finalmente, de legislaciones aplicables. ¿Cómo establecer vínculos efectivos que permitan hacer responsable a la matriz sin “exagerar o forzar” la conexión del tribunal del Estado de la matriz con el litigio? ¿Cuáles son los límites a dichas conexiones? ¿Qué cantidades indemnizatorias podrían favorecer la atracción de los demandantes a un régimen convencional común? ¿Cómo promover la adhesión de los Estados a dichos convenios? ¿Qué utilidad tiene la existencia de diferentes normas de competencia internacional para diferentes tipos de daños medioambientales y, paralelamente, de diferentes regímenes? En el plano de confluencia con el Derecho marítimo, ¿se justifica esta especialidad teniendo en cuenta que al final el “territorio” protegido no deja de ser estatal? ¿Qué ocurre con los daños ecológicos en las aguas internacionales? Por otra parte, dado que, como hemos visto, en no pocos casos las víctimas intentan huir del régimen convencional hacia regímenes más favorables como el estadounidense...¿a quién protege/favorece efectivamente el régimen si tampoco cubre los daños ecológicos puros?

Sin olvidar sus aportaciones positivas, como la mayor agilidad del procedimiento y la mayor facilidad para valorar el riesgo por parte de los operadores⁵³³, muchas de las deficiencias del régimen convencional ya

⁵³⁰ Vid. G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, op.cit., pp. 74-77 y bibliografía allí citada.

⁵³¹ J. M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 1-12.

⁵³² La valoración por parte de la doctrina del régimen convencional acerca de la responsabilidad por contaminación por hidrocarburos en las aguas del mar como insuficiente y problemática es casi unánime. Vid., M. REQUEJO ISIDRO en “Sistema...”, op.cit., pp. 160-161.

⁵³³ Mencionados por C. ZILIOI, *Il risarcimento del danno derivante da incidenti industriali transnazionali*, Giuffrè, Milán, 1995, p.143.

comentadas ponen de manifiesto la necesidad de reformas⁵³⁴ y que, en materia de determinación de la autoridad competente, parece apuntar a la necesidad de homogeneizar y flexibilizar. La posibilidad de hacer responsables, siquiera subsidiariamente cuando no se cubran los límites de los Convenios, a las empresas matrices del grupo –de existir éste-, parece muy conveniente y menos costoso que en otros daños por contaminación en los que no existe una responsabilidad objetiva que disminuya la carga de la prueba de los demandantes/perjudicados por el daño ambiental. Siendo como es el transporte de hidrocarburos por mar una actividad mercantil tan necesaria, su regulación debe ser rigurosa y sin duda, más allá de las medidas de compensación y reparación, que debieran qué duda cabe incluir los daños ecológicos, son esenciales las medidas preventivas en cuya consecución efectiva debería aunar esfuerzos la comunidad internacional.

3.1.2. Responsabilidad por daños causados por la energía nuclear. Convenio de París de 29 de julio de 1960 y Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963.

Los daños por energía nuclear han sido, afortunadamente, mucho menos frecuentes que los causados por hidrocarburos, si bien su gravedad ha sido extrema. Además de *Chernóbil* - accidente ocurrido en 1986 en la actual Ucrania⁵³⁵, con 9.000 muertes a causa del escape⁵³⁶ y con secuelas que aún

⁵³⁴ Opinión unánime en la doctrina. Entre otros: J. JUSTE RUIZ, “El accidente del Prestige”, en: T. SCOVAZZI y J. JUSTE RUIZ (coord.), op.cit, p. 336.

⁵³⁵ Sobre los hechos del accidente y la reacción jurídica que provocó en la comunidad internacional, vid. J. JUSTE RUIZ, “Chernobil”, en: T. SCOVAZZI y J. JUSTE RUIZ (coord.), op.cit, pp. 147-171; L.A. MALONE, “The Chernobyl Accident: A Case Study in International Law Regulating State Responsibility for Transboundary Nuclear Pollution”, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 12, nº 203, 1987, pp. 203-241, pp. 203-218, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2168420> [Consulta: 10/5/2014]; A. C. KISS, “L'accident de Tchernobyl et ses consequences au point de vue du droit international”, *Annuaire Française de Droit International*, 1986, pp.139-152; J. MAURO, “Les retombées juridiques du sinistre de Tchernobyl”, *La Gazzette du Palais*, 1986-2, pp. 651-653; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit, p. 49.

⁵³⁶ Cuando se trata de cifrar muertes y repercusiones en la salud, existe un considerable baile de cifras. El Foro de Chernóbil, un grupo de expertos que aúna a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otras agencias de la ONU, cifra en 9.000 las muertes causadas por el escape. La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer también ha estudiado ampliamente el

hoy persisten en la región- y recientemente *Fukushima*⁵³⁷, han existido otros casos de gran alarma social, como el accidente *Three Mile Island*, en Estados Unidos en 1979⁵³⁸ o el accidente de *Palomares* en España en 1966⁵³⁹ que según las fuentes gubernamentales no causaron daños personales.

En materia de daños por el uso de la energía nuclear, dos son los convenios internacionales multilaterales en los que España es parte: el Convenio de París de 29 julio 1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear⁵⁴⁰, y su complementario⁵⁴¹, el Convenio de Bruselas de 31 de enero de

tema (vid. <http://arch.iarc.fr/>) y calcula entre 6.700 y 38.000 las muertes consecuencia de Chernóbil, una horquilla bastante amplia que demuestra las limitaciones de estos estudios. Greenpeace (vid. <http://www.greenpeace.org/espana/es/reports/la-catastrofe-de-chern-bil-co-2/>) obtuvo una horquilla de entre 93.000 y 200.000 muertes debidas a la explosión nuclear. Fuente: A. DÍAZ, "Chernóbil 25 años después: consecuencias", *Diario El Mundo*, disponible en: <http://www.elmundo.es/especiales/chernobil/consecuencias/index.html> [Consulta 10/10/2013].

⁵³⁷ Como Japón no es parte del régimen convencional (de ninguno de los Convenios) y además las reparaciones tuvieron lugar mediante un acuerdo del gobierno con la empresa involucrada, no abordaremos este accidente en ningún sentido.

⁵³⁸ Vid., M.R. STAENBERG, "Aspects juridiques et financiers de l'accident de Three Mile island", *Bulletin de Droit nucléaire*, nº24, 1979, pp. 65-79. Disponible en: <http://www.oecd-nea.org/law/nlb/NLB-24-EN.pdf> [Consulta: 12/5/2014]. El suceso motivó numerosas demandas personales fundamentadas en daños emocionales o morales, pérdida del valor de la propiedad y la posibilidad de sufrir daños en la salud en el largo plazo. La normativa reguladora era la *Price Anderson Act*, aprobada en 1957, que fue copiada por muchos de los Estados con centrales nucleares, y en la que se limitaba la responsabilidad civil de los operadores de centrales y se trasladaba al Estado la responsabilidad civil subsidiaria en caso de accidente. No obstante, por ser específica de los EE.UU, no será abordada en este trabajo. Más información sobre los hechos del accidente disponible en: <http://www.world-nuclear.org/info/Safety-and-Security/Safety-of-Plants/Three-Mile-Island-accident/> [Consulta: 12/5/2014].

⁵³⁹ Para más información y detalles sobre incidentes en materia de daños nucleares, vid. A. M. COSIALLS UBACH, op.cit, pp. 7-8.

⁵⁴⁰ Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia nuclear de 29 de julio de 1960. BOE nº 28, 2 de febrero de 1967; revisado y complementado por el Convenio de Bruselas de 31 enero 1963 y modificado por los protocolos de 28 de enero de 1964, de 16 de noviembre de 1982 y de 12 de febrero de 2004. Sobre éste último, la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 8 de marzo de 2004 (DOUE L 97, de 1 de abril de 2004) autorizó a los Estados miembros que fueran parte en el Convenio de París 1960 a ratificarlo, aunque dicho instrumento aún no ha entrado en vigor. Sus textos consolidados –de los Convenios de 1960 y 1963 respectivamente– pueden consultarse en: <http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCON SOLIDADO.pdf> y <http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/brusscon solid.pdf> [Consulta: 10/05/2014]. El Convenio de París es aplicable en todos los Estados de Europa occidental excepto en Irlanda, Austria, Luxemburgo y Suiza (sí lo ha ratificado pero entrará en vigor para Suiza una vez que el Protocolo de modificación del año 2004 lo haya hecho), vid., <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> [Consulta: 10/05/2014]. Para más información vid., A. M. COSIALLS UBACH, "La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España", *InDret*, Barcelona, octubre 2012,

1963, elaborados bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE). Ambos fueron elaborados para avanzar en la elaboración de un marco de Derecho material uniforme que diera respuestas más eficaces a los daños producidos como consecuencia de los accidentes nucleares⁵⁴², cuyas características casaban mal con el sistema tradicional de responsabilidad civil⁵⁴³.

Sin embargo, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional y la gravedad de los accidentes nucleares, no se ha conseguido establecer un régimen homogéneo para todos los Estados que son parte de algún convenio internacional⁵⁴⁴. Esta confluencia de regulaciones hace que la doctrina se refiera a ella como “the nuclear liability patchwork”⁵⁴⁵ que, sin duda, necesita

pp.1-45, pp. 7-8; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La responsabilidad...”, op.cit., p.320.

⁵⁴¹ Fue modificado en las mismas fechas que el convenio de París y su fin es proveer fondos públicos cuando las cantidades suministradas a efectos de resarcimiento por daños por parte de los operadores privados son insuficientes. Está basado exclusivamente en mecanismos de Derecho público. Son Estados parte en este Convenio y en el de París: Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Noruega, Eslovenia, España, Suecia, Reino Unido. Pero no son parte del Convenio de Bruselas pero sí del de París: Grecia, Portugal y Turquía. Vid: <http://www.oecd-nea.org/law/brussels-convention-ratification.html> [Consulta: 10/5/2014]. En este Convenio la autoridad competente deriva directamente del art. 13 del Convenio de París, por lo que no haremos mayor referencia a aquél. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 221 y ss. y bibliografía allí citada. Para más información acerca de los tramos de responsabilidades y cantidades suplementarias, vid. Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Responsabilidad civil por daños nucleares, disponible en: <http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/compromisos/paginas/responsabilidadcivil.aspx> [Consulta: 7/5/2014].

⁵⁴² G. PALAO MORENO, op.cit., p. 37 y bibliografía allí citada. Sobre las sucesivas modificaciones del Convenio original y sus intentos por armonizar soluciones, vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., pp. 225 y 226.

⁵⁴³ J.P. PIÉRARD, Responsabilité civile, energie atomique et droit comparé, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1963, pp. 105-131; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 220. En el siguiente capítulo abordaremos las peculiaridades normativas de este convenio.

⁵⁴⁴ De hecho, el Convenio de París y su suplementario coexisten con el Convenio de Viena de 1963, con el mismo objeto de regular la responsabilidad por daños nucleares pero ratificado por otros Estados, normalmente no pertenecientes a la Europa occidental. Vid., información sobre las convenciones y sus Estados contratantes en: http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/liability_status.pdf [Consulta: 10/5/2014]. Texto del Convenio de Viena, del que España no es parte, disponible en: https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf [Consulta: 11/5/2014].

⁵⁴⁵ Vid., J. HANDRLICA, “The Brussels I Regulation and responsibility for nuclear damages”, *Nuclear Law Bulletin*, nº 86, 2010/2, pp. 29-48, p. 29 y bibliografía allí citada. Disponible en: <https://www.oecd-nea.org/law/nlb/NLB-86-E.pdf> [Consulta: 7/5/2014].

ser unificada⁵⁴⁶.

3.1.2.1. Normas de determinación de la autoridad competente en casos de daños nucleares: el artículo 13 del Convenio de París de 1960.

La norma de su articulado referida a la determinación de la autoridad competente es el artículo 13, extenso y detallado⁵⁴⁷. Como norma general, determina como *únicos* tribunales competentes para conocer de las acciones ejercitadas en virtud de los artículos 3, 4 y 6(a) los de la Parte Contratante en cuyo territorio –incluida la zona económica exclusiva (13b)- *haya ocurrido el*

⁵⁴⁶ En este sentido, vid., entre otros: B. MCRAE, “La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires et l’harmonisation du régime de responsabilité civile nucléaire dans l’Union européenne”, *Bulletin de Droit nucléaire*, nº 87, 2011/1, pp. 83 -100.

⁵⁴⁷ Texto del artículo 13: “a) Salvo en los casos en que el presente artículo disponga otra cosa, los tribunales de la Parte Contratante en cuyo territorio haya ocurrido el accidente nuclear son los únicos competentes para conocer de las acciones ejercitadas en virtud de los artículos 3, 4 y 6(a). b) Cuando un accidente nuclear se produce en el espacio de la zona económica exclusiva de una Parte Contratante o, cuando tal zona no ha sido establecida, en un espacio que no exceda los límites de una zona económica exclusiva, de haberse establecido ésta, los tribunales de esta Parte son los únicos competentes a los fines del presente Convenio para conocer las acciones relativas al daño nuclear causado por este accidente nuclear, a condición de que la Parte Contratante haya notificado acerca de este espacio al Secretario General de la Organización antes del accidente nuclear. Nada del presente párrafo será interpretado en el sentido de autorización al ejercicio de la competencia jurisdiccional o de la delimitación de una zona marítima de una forma que sea contraria al derecho internacional del mar. c) Cuando un accidente nuclear se produce fuera de los territorios de las Partes Contratantes, o en un espacio que no ha sido objeto de una notificación conforme al párrafo (b) del presente artículo o, cuando el lugar del accidente no pueda ser determinado con certeza, los tribunales de la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre la instalación nuclear del explotador responsable son los únicos competentes. d) Cuando un accidente nuclear se produzca en un espacio en el que concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 17(d), serán competentes los tribunales designados, a demanda de una Parte Contratante interesada, por el Tribunal al que se refiere el artículo 17, por ser estos los tribunales de la Parte Contratante más directamente relacionada con el accidente y afectada por sus consecuencias. e) Ni el ejercicio de la competencia jurisdiccional en virtud del presente artículo, ni la notificación de un espacio efectuada conforme al párrafo (b) del presente artículo crean un derecho u obligación ni constituyen un precedente en lo que concierne a la delimitación de los espacios marítimos entre los Estados cuyas costas estén enfrente una de otra o sean adyacentes. f) Cuando en virtud de los párrafos (a), (b) o (c) del presente artículo sean competentes los tribunales de varias Partes Contratantes, la competencia se atribuirá, i) Si el accidente nuclear ha ocurrido en parte fuera del territorio de cualquier Parte Contratante y en parte sobre el territorio de una sola Parte Contratante, a los tribunales de esta última; ii) En cualquier otro caso, a los tribunales designados, a solicitud de una Parte Contratante interesada, por el Tribunal mencionado en el artículo 17, por ser los tribunales de la Parte Contratante más directamente relacionada con el accidente y afectada por sus consecuencias”. Texto del Convenio disponible en: <http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCON SOLIDADO.pdf> [Consulta: 23/09/2014].

accidente nuclear o, cuando no se pueda determinar, donde esté la central nuclear contaminante, aunque por lo general, serán coincidentes⁵⁴⁸. Por tanto, el Convenio señala a los tribunales del lugar del acto generador del daño -no los del lugar donde se produce el resultado lesivo-, con tendencia a identificarlo con el lugar donde se encuentra la central. Al no hacer referencia al tribunal del lugar del acto generador sino al del lugar del accidente se evitan problemas de interpretación sobre dónde se produce el acto generador (el lugar de la gestión de la central, el lugar del accidente, el lugar donde se tomó –o no se tomó– una decisión que dio lugar al daño, etc.)⁵⁴⁹.

3.1.2.2. Valoración del foro: el principio de jurisdicción exclusiva.

Si bien la jurisdicción exclusiva es considerada por la doctrina mayoritaria como uno de los pilares fundamentales del régimen jurídico internacional para la responsabilidad por daños nucleares⁵⁵⁰, no existe acuerdo unánime en la valoración de la exclusividad del tribunal competente del lugar del daño, norma que limita, también, la autonomía de la voluntad de las partes como criterio de determinación de la competencia⁵⁵¹ y que va en sentido opuesto a la norma de determinación de la competencia del régimen general del Reglamento 1215/2012, que sí permite la elección del foro por parte de los demandantes entre el lugar donde se originó el daño, el lugar de verificación

⁵⁴⁸ Previendo la necesidad de localizar el lugar del daño en los casos en los que no es posible –bien por la dificultad, bien porque se produzcan en un territorio no soberano, etc.-, se utiliza la ficción del lugar en el que se ubica la central nuclear porque éste coincidirá por lo general con el lugar del curso causal y con el domicilio del demandado. Es la función “localizadora” del criterio de conexión. Vid, A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 232 y bibliografía allí citada.

⁵⁴⁹ Vid. A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p 236. Asimismo hay que precisar que no puede interpretarse doblemente como el artículo 7.2 del Reglamento UE 1215/2012 y sus antecedentes normativos (art. 5.3 Reglamento CE 44/2001). De la misma opinión, G.PALAO MORENO, op.cit., p. 51 y bibliografía allí citada (nota 76).

⁵⁵⁰ Vid., J. HANDRLICA, “The Brussels I...”, op.cit., p. 37 y bilbiografía allí citada.

⁵⁵¹ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, Los foros..., op.cit., p. 89, se posiciona a favor de esta realidad normativa, por encontrar que los intereses económicos y ecológicos que fundamentan la regulación del sector lo justifican. En el mismo sentido, G. PALAO MORENO, op.cit., p. 50. En contra, refiriéndose en general a los daños ambientales, vid. P. BOUREL, “Un nouveau champ d’exploration pour le droit international privé conventionnel: les dommages causés à l’environnement” en: AA.VV., L’internationalisation du Droit, Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn, París, Dalloz, 1994, pp. 93-106, especialmente, p.107, nota 15.

del mismo y el lugar del domicilio del demandado⁵⁵².

Quienes aprueban la norma privilegian el argumento de la seguridad jurídica que conlleva la concentración de todas las causas ante un único tribunal –al menos a nivel internacional⁵⁵³- y la evitación del *forum shopping* de las víctimas en búsqueda de la indemnización más beneficiosa, lo que podría desviar los recursos financieros de los explotadores responsables de las eventuales compensaciones a otras víctimas al tener que asumir un mayor coste por el litigio⁵⁵⁴. Por otra parte, se evitan decisiones judiciales contradictorias⁵⁵⁵.

Sin embargo, podría argumentarse que, el hecho de que las víctimas pudieran elegir entre litigar en el lugar de verificación del daño o en el de su origen no quiere decir que no conozca finalmente de todo el caso un único tribunal, ya que existen mecanismos procesales, actuales o posibles -como la litispendencia, normas de solución de conflictos positivos de competencia⁵⁵⁶, el *forum conexitatis*, la agrupación de demandas, etc.- para evitar soluciones contradictorias y lograr un único procedimiento⁵⁵⁷.

⁵⁵² Para un análisis minucioso de la oposición de ambos foros, vid. J. HANDRLICA, "Exclusive Jurisdiction vs. Forum Shopping in European Nuclear Liability Law", *International Journal of Nuclear Law*, Vol. 3, nº 2, July 14, 2010, pp. 96-111.

⁵⁵³ En el plano interno nacional la concentración de acciones no está asegurada. Vid. N. PELZER, "La responsabilité civile dans le domaine nucléaire au lendemain de l'accident de Tchernobyl : un point de vue allemand", *Bulletin de Droit Nucléaire*, nº 39, 1987, pp. 69-80, concretamente p. 76.

⁵⁵⁴ Vid., C. STOIBER, A. BAER, W. TONHAUSER & N. PELZER, *Handbook on Nuclear Law*, International Atomic Energy Agency, Viena, 2003, pp. 115 y ss. Disponible en: http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1160_web.pdf [Consulta: 10/5/2014].

⁵⁵⁵ De esta opinión y a favor de la norma, J.P. PIÉRARD, op.cit., pp. 369 y 377 ; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 228 y bibliografía allí citada.

⁵⁵⁶ Utilizados de hecho en el mismo convenio – art. 13 f)- para garantizar el principio de unidad de jurisdicción en caso de daños producidos en el curso de un transporte en los que puede ocurrir que se declaren competentes tanto los tribunales del lugar de la central como los del lugar del daño. La interpretación, en última instancia, de un Tribunal creado por el Convenio de los "vínculos más estrechos" con el accidente para designar a un único tribunal competente evita cualquier multiplicación de tribunales competentes.

⁵⁵⁷ Los esfuerzos en cooperación judicial en materia civil y mercantil son claves a este respecto, incluso dentro del mismo convenio para todos aquellos casos no cubiertos o supuestos de interacción con los Reglamentos de la UE.

En la práctica, además, será frecuente que, ante varios posibles tribunales competentes, los afectados litiguen de manera coordinada en el Estado en el que esperan un mejor resultado, una normativa procesal más ventajosa, etc. Pese a estos argumentos, es cierto que la acentuada tendencia de los daños nucleares a dispersarse y prolongarse en espacio y tiempo hace que la determinación de la autoridad competente en función del lugar de manifestación del daño –no de origen, o de instalación de la central- puede dar lugar a múltiples tribunales competentes, no sólo en espacio sino en tiempo, dificultando la agrupación de acciones y, con ello, el principio de unidad de jurisdicción que, en general, parece mucho más favorable que la dispersión de procedimientos.

En cuanto a la posibilidad de *forum shopping*, cabe considerar que –de manera común para los litigios internacionales por daños ambientales- en muchas ocasiones litigar forzosamente en un único lugar de manera excluyente limita el acceso a la justicia de las víctimas⁵⁵⁸ y no da lugar a reparaciones justas y adecuadas, por lo que el aducido *forum shopping* no tiene verdaderamente un carácter fraudulento sino que responde a la lógica de los obstáculos que presentan los daños transnacionales causados por sociedades y a una aspiración legítima a obtener una justa reparación por el daño⁵⁵⁹.

Para otra parte de la doctrina, en cambio, la norma beneficia – unida a la responsabilidad limitada que recoge el Convenio y a cuya eficacia sirve dicho

⁵⁵⁸ Ya sea por sistemas judiciales corruptos o rudimentarios donde la legitimación de ONG o las mismas acciones colectivas no estén reconocidas para daños de este tipo, o bien porque la legislación que señalen las normas de conflicto aplicables sea poco o nada favorable a las reparaciones por daños ambientales, bien por el coste inabarcable para las víctimas extranjeras, etc.

⁵⁵⁹ “May a litigant pursue the most favorable, rather than the simplest or closest, *forum*?” Pregunta de la que parte una interesante bibliografía referida al arbitraje internacional pero cuyos argumentos respecto del *forum shopping* pueden aplicarse a esta cuestión, más aún cuando el interés en juego es especialmente protegible y cuando la desigualdad de las partes es notoria. Vid., F. FERRARI, “Forum shopping in the international commercial arbitration context: Setting the stage” en: F. FRANCONI (ED.), *Forum shopping in the international commercial arbitration context*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2013, pp. 1-21, pp. 3 y ss.

fue⁵⁶⁰ - a los explotadores⁵⁶¹, no a las víctimas⁵⁶², dado que generalmente el lugar del accidente coincidirá con el lugar de establecimiento del demandado, aunque la sustanciación del proceso pueda ser más fácil allí. Además, es discutible que el *forum shopping* tuviera relevancia –y por tanto, sería un argumento menos a favor de la exclusividad- en un régimen con responsabilidad ilimitada⁵⁶³ o incluso en el existente teniendo en cuenta que existen países no contratantes cuyas víctimas, ante eventuales daños nucleares, podrían accionar de acuerdo al Reglamento 1215/2012 en su propio país, como veremos a continuación.

3.1.2.3. Interacción de los foros del régimen convencional y del institucional.

⁵⁶⁰ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros...*, op.cit., p. 16. Por su parte, A. CRESPO HERNÁNDEZ recuerda como la insuficiente protección a las víctimas y la responsabilidad limitada motivaron la negativa del Consejo federal suizo a ratificar los Convenios de París y Viena, en su decisión de 23 de agosto de 1989. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 228, nota 23.

⁵⁶¹ De esta opinión: P. GALIZZI, "Questions of Jurisdiction in the Event of a Nuclear Accident in a Member State of the European Union", *Journal of Environmental Law*, 1996, pp. 71-97, p. 96; G. BETLEM, op.cit., pp. 83 y 84. El autor hace una crítica al criterio de determinación de la jurisdicción, claramente a favor del explotador, así como de la responsabilidad limitada del Convenio, no sólo en la cuantía de las indemnizaciones sino también en el período temporal de 10 años para reclamar después del cual la empresa no es responsable: "The shortening of the limitation period is particularly telling. Van Maanen 1981 writes, p. 290, that the convention grants the victim a ten year period in which to contract cancer; if the disease manifest later, the operator will not be liable" (*IBÍDEM*, p. 83, nota 242). También: P. SANDS & P. GALIZZI, "La Convention de Bruxelles de 1968 et la responsabilité pour les dommages nucléaires", *Bulletin du Droit Nucléaire*, n° 64, Décembre 1999, pp. 7–28, especialmente p. 27.

⁵⁶² A pesar de que en el Preámbulo del Convenio se precisa la necesidad de "asegurar una reparación adecuada y equitativa a las personas víctimas de daños causados por accidentes nucleares". Además, las víctimas deberían poder elegir un tribunal neutro que no tenga vínculos con la industria nuclear. Vid., J. HANDRLICA, op.cit., p. 38 y bibliografía allí citada. Por su parte, A. CRESPO HERNÁNDEZ señala que el principio de unidad de jurisdicción y el de protección del explotador se han hecho prevalecer sobre el de protección de las víctimas, que hubiera contemplado un derecho de opción entre el tribunal del lugar del hecho origen del daño y el del resultado lesivo. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p.233.

⁵⁶³ J. HANDRLICA, op.cit., p. 38 y bibliografía allí citada (nota 24). El autor aclara que solo Alemania, Austria y Suecia tienen regímenes de responsabilidad ilimitada. No obstante, un régimen de responsabilidad ilimitada para daños nucleares es discutible por magnitud inabarcable para un patrimonio concreto del daño. Es por ello que no pocos autores defienden la responsabilidad limitada e incluso la completa socialización de los daños, al nivel más internacional posible, con fondos de reparación, salvo que se pruebe negligencia. Vid. R. RODIÈRE, "Responsabilité civile...", op.cit., pp. 510 y 511. En nuestra opinión el mero riesgo de gestionar una central unido al carácter de lucro de la actividad hace necesaria la responsabilidad limitada a la que podría sumarse una presunción de negligencia que la empresa pueda destruir para no responder más allá pero que pueda dar lugar a indemnizaciones más allá de los límites si no existió la diligencia debida.

En el sistema español de Derecho internacional privado, en virtud del art. 71.1 del Reglamento UE 1215/2012⁵⁶⁴, se aplicaría el Convenio de París para determinar la autoridad competente⁵⁶⁵ y, como resultado, ésta lo será con exclusividad –excluyendo cualquier otro-. Por tanto, en el sistema español de Derecho internacional privado, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación del Convenio de París, serán competentes los tribunales españoles de manera exclusiva en varios supuestos: cuando la instalación nuclear se encuentre en España o cuando el accidente haya tenido lugar en parte en España y en parte en un Estado no contratante; cuando haya ocurrido en un Estado no parte o no se pueda determinar con certidumbre el lugar del accidente; cuando los tribunales españoles fueren designados por el Tribunal creado por el Convenio en caso de discrepancias en la interpretación o aplicación del mismo entre varias partes contratantes.

No obstante, no hay motivos para afirmar que no pueda aplicarse el citado Reglamento de la UE en todo lo que no esté regulado por la Convención específica, ya que los supuestos de responsabilidad nuclear encajan dentro de su ámbito de aplicación en materia “civil y mercantil”⁵⁶⁶. Es decir, que

⁵⁶⁴ Fundamentado en la especialidad del supuesto que dio origen a la norma. Vid. STJCE de 6 diciembre 1994, as. *Tatry vs. Maciej Rataj*, C- 406/92, párrafo 46.

⁵⁶⁵ Siempre y cuando el supuesto se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Convenio (vid. artículos 2 y 14); cuando el accidente se haya producido en territorio español o los daños hayan sido sufridos en su territorio o en el de otro Estado parte del Convenio, o incluso cuando los daños se hayan sufrido en “un Estado no Contratante que, en el momento del accidente nuclear, no tenga ninguna instalación nuclear en su territorio o en las zonas marítimas que haya establecido de conformidad con el derecho internacional; o iv) Cualquier otro Estado no Contratante donde esté en vigor, en el momento de ocurrir el accidente nuclear, una legislación sobre responsabilidad nuclear que conceda beneficios recíprocos equivalentes y que se fundamente en idénticos principios a los del presente Convenio incluyendo, entre otros, la responsabilidad objetiva del explotador responsable, la responsabilidad absoluta del explotador o disposición de efecto equivalente, la jurisdicción exclusiva del tribunal competente, igual tratamiento para todas las víctimas de un accidente nuclear, reconocimiento y ejecución de sentencias, libre transferencia de indemnizaciones, intereses y gastos”. El apartado ii) del artículo 2, no aplica a España ya que firmó pero no ratificó el Protocolo Común de Aplicación para los Convenios de Viena de 21 de mayo de 1963 y de París de 1960, de 21 de septiembre de 1988.

⁵⁶⁶ En este sentido: P. SANDS & P. GALIZZI, op.cit., p. 17-19; J. HANDRLICA, “Brussels I...”, op.cit., pp. 30 y 31. No obstante pone en duda la aplicabilidad del reglamento en caso de daños nucleares causados por actividades militares (nota 12 y bibliografía allí citada.)

podríamos tener una aplicación parcial del Convenio y del Reglamento⁵⁶⁷. Por ejemplo, en caso de que se planteen demandas por un daño ecológico –no contemplado en la convención- o en caso de que sea necesario aplicar normas procesales relativas a la litispendencia o a la unificación de demandas por proximidad⁵⁶⁸.

Y esto se complica más aún si tenemos en cuenta que no podemos hablar de homogeneidad respecto de la aplicación del Convenio de París en el seno de la UE, ya que, como ya vimos, no todos los países miembros de la Unión son Parte en el mismo⁵⁶⁹.

Para los que no forman parte de ninguno de los convenios comentados, el Reglamento 1215/2012 será directamente aplicable y tendrá un papel esencial en la determinación de la jurisdicción, al igual que en aquellos casos no regulados por el Convenio específico tal y como ha precisado el TJUE⁵⁷⁰. Así, la aplicación del Reglamento de la UE hace que un caso de daños nucleares pueda juzgarse en un país de la UE no parte del Convenio de París según el artículo 7.2, referido a obligaciones extracontractuales o según el artículo 4, que recoge el fuero del domicilio del demandado, y después reconocerse y ejecutarse en un Estado sí miembro del Convenio, haciendo la protección

⁵⁶⁷ Siguiendo la STJCE *as. Tetry/Maciej Rataj*, op.cit., párrafo 27. Doctrina en este sentido citada por J. HANDRLICA, “The Brussels...”, op.cit., p. 36. Ahora bien, debe negarse la posibilidad de fundar la competencia según el régimen institucional del Reglamento 1215/2012 si de la aplicación de las previsiones del Convenio específico resulta que el tribunal en cuestión no tiene competencia judicial internacional para conocer del caso.

⁵⁶⁸ “En outre, dans toutes les matières non couvertes par la Convention de Paris – par exemple les demandes ayant trait à des dommages uniquement causés à l’environnement – il est possible peut-être d’invoquer les dispositions de la Convention de Bruxelles. Ainsi, les dispositions de cette Convention sur la litispendance régiraient les aspects de l’exécution des décisions non couverts par la Convention de Paris”. Vid., P. SANDS & P. GALIZZI, op.cit., p. 21.

⁵⁶⁹ Es probable que los Estados no parte en las convenciones citadas prefieran la aplicación del Reglamento 1215/2012 para casos de responsabilidad nuclear: “Pour des pays comme l’Irlande – de même que le Luxembourg et l’Autriche – il serait difficile en fait de trouver de nombreuses raisons, s’il en est, pour lesquelles ils devraient adhérer à ces conventions, alors que la Convention de Bruxelles semble fournir une protection adéquate, voire supérieure”. Vid., P. SANDS & P. GALIZZI, op.cit., p. 27.

⁵⁷⁰ Vid, STJCE *as. Tetry/Maciej Rataj*, op.cit., párrafo. 28.

contra el *forum shopping* inoperante⁵⁷¹.

Así por ejemplo, si un accidente nuclear ocurriera en una instalación situada en Francia, pero también ocasionara daños en Luxemburgo, se aplicarían las previsiones del Reglamento. Por tanto, los demandantes podrían elegir si litigar en los tribunales franceses por ser los del domicilio del demandado (ex artículo 4) o bien en los de su propio país, donde ocurrió el daño (en virtud del artículo 7). Estas situaciones generan, sin duda, desigualdad entre potenciales víctimas de daños nucleares en el seno de la UE.

Este problema de heterogeneidad de regímenes ya puso de manifiesto sus efectos negativos en el caso de *Chernobil*, ya que la antigua Unión Soviética no era parte del régimen convencional, por lo que las demandas tuvieron que plantearse de acuerdo a las normativas generales para demandas civiles por daños de cada Estado, con los consecuentes obstáculos⁵⁷²: dificultades para notificar la demanda, la inmunidad de jurisdicción y ejecución –por ser la empresa, estatal –, la determinación de la competencia judicial en la URSS y en los demás Estados afectados, el reconocimiento y ejecución de sentencias, etc.

3.1.2.4. Daños nucleares, grupos transnacionales y determinación de la autoridad competente.

Probablemente debido al momento histórico en el que se elaboró el Convenio –en el que la existencia y participación de las empresas transnacionales en esta industria era escasa- y a la frecuente propiedad estatal de las centrales, nada se previó para acciones contra grupos multinacionales de sociedades. Esto, unido a que las propias disposiciones del Convenio –

⁵⁷¹ Para un análisis completo de las interacciones entre el Reglamento 44/2001 (ahora 1215/2012) y el Convenio de París, de sus problemas y propuestas de solución, vid. J. HANDRLICA, “The Brussels...”, op.cit., pp. 40 y ss.

⁵⁷² Las dificultades del proceso de Chernóbil en detalle en: G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., p. 75-76, y la bibliografía allí citada.

como la responsabilidad exclusiva y limitada del operador, la jurisdicción exclusiva, el seguro obligatorio- hacían casi innecesario la consideración de su problemática característica⁵⁷³, es lo que probablemente explique la escasa por no decir inexistente literatura en el tema de responsabilidad por daños nucleares causados por corporaciones transnacionales.

Sin embargo, el panorama actual en el mundo es algo diferente: aproximadamente el 35% de las centrales nucleares son propiedad de empresas privadas –una o varias- frente al 65% que aún continúa en manos de empresas de propiedad estatal⁵⁷⁴. Las empresas privadas están integradas, en su mayoría, en complejos grupos de corporaciones transnacionales. En España, concretamente, el mapa de la propiedad de las centrales, completamente privatizado, se dibuja como sigue⁵⁷⁵:

| Central | Ubicación | Propietarios | Potencia eléctrica (MW) | Año inicio |
|-------------------|-------------------|--|-------------------------|------------|
| Sta. María Garoña | V.Tobalina Burgos | Nuclenor S.A. (operador): Pertenece en un 50% a Iberdrola Generación, S.A. y en un 50% a Endesa Generación, S.A. | 466.00 | 1971 |
| Almaraz I | Almaraz Cáceres | Centrales Nucleares Almaraz-Trillo (Agrupación de interés económico, operador), que pertenece a: Iberdrola | 1035.30 | 1981 |

⁵⁷³ Si, por ejemplo, una central está explotada por una empresa X, dará igual que sea filial o matriz siempre que sea la titular de la explotación, sin que pueda demandarse a varias empresas al mismo tiempo. Al existir un seguro obligatorio que cubra los daños mínimos a los que el explotador debe responder, tampoco –salvo infracción previa, algo improbable dada la normativa y el elevado control estatal de este sector industrial- nos veremos en la situación de insolvencia de la filial en la que sea necesario levantar el velo societario y, con ella, abordar los numerosos interrogantes jurídicos que puede plantearnos.

⁵⁷⁴ Fuente de los datos: PROFUNDO, Economic Research company, estudio encargado por la Plataforma “Bank tracking”, 2009. Tanto los datos como el informe final están disponibles en: <http://www.nuclearbanks.org/#/more%20information> [Consulta 10/5/2014].

⁵⁷⁵ Información de la Secretaría de Estado de Energía, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Gobierno de España, actualizada a diciembre de 2013, disponible en: <http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/centrales/espana/paginas/centralesespana.aspx> [Consulta 20/4/2015] y de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, Las centrales nucleares en España en 2013, disponible en: <http://www.unesa.es/biblioteca/category/6-centrales-nucleares> [Consulta 20/4/2015].

| | | | | | |
|-----------------|--|---|---------|------|--|
| | | Generación S.A. (52,7%), Endesa Generación S.A. (36,0%), Gas Natural Fenosa S.A. (11,3%) | | | |
| Ascó I | Ascó Tarragona | Asociación Nuclear Ascó-Vandellós II (operador), que pertenece a: Endesa Generación, S.A.(100%) | 1032.50 | 1983 | |
| Almaraz II | Almaraz Cáceres | Centrales Nucleares Almaraz-Trillo (operador), que pertenece a Iberdrola Generación, S.A. (52,7%), Endesa Generación, S.A.(36%) Gas Natural, S.A. (11,3%) | 1045.00 | 1983 | |
| Cofrentes | Cofrentes Valencia | Iberdrola Generación (operador); propiedad de Iberdrola generación Nuclear S.A. (100%) | 1092.02 | 1984 | |
| Ascó II | Ascó Tarragona | Asoc. Nuclear Ascó-Vandellós II (operador), que pertenece a: Endesa Generación, S.A.(85%), Iberdrola Generación, S.A. (15%) | 1027.21 | 1985 | |
| Vandellós II | Vandellós L'Hospitalet del Infant Tarragona | Asoc.NuclearAscó-Vandellós II (operador): Endesa Generación, S.A.(72%), Iberdrola Generación, S.A. (28%) | 1087.14 | 1987 | |
| Trillo | Trillo Guadalajara | Centrales Nucleares Almaraz-Trillo (operador), propiedad de: Iberdrola Generación, S.A. (48%), Gas Natural S. A.(34,5%) Hidroeléctrica Cantábrico (15,5%), Nuclenor (2%). | 1066.00 | 1988 | |

Este reparto de la propiedad ha llevado, en el proceso de establecer legalmente un único responsable de la explotación por exigencias legales, a conflictos de intereses entre las principales empresas propietarias de las centrales⁵⁷⁶, que habían constituido como operador a una entidad bajo la forma de agrupación de interés económico (A.I.E). Según la Ley 12/1999, de 29 de

⁵⁷⁶ Como constatan varios artículos de prensa, vid., S. CARCAR, “La propiedad de las nucleares enfrenta a Iberdrola y Fenosa”, *Diario El País*, 24.10.2011, disponible en: http://elpais.com/diario/2011/10/24/economia/1319407206_850215.html [Consulta 11/5/2014]; “El director ve complicado un cambio de titularidad, pero confía en un acuerdo”, *Periódico de Extremadura*, 22 de marzo de 2014, disponible en: http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/extremadura/director-ve-complicado-cambio-titularidad-confia-acuerdo_793966.html [Consulta: 12/5/2014]; “El Ministerio de Industria sanciona a la central nuclear de Almaraz con 900.000 Euros”, *Periódico de Extremadura*, 24 de abril de 2014, disponible en: http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/extremadura/ministerio-industria-sanciona-central-nuclear-almaraz-900-000-euros_799765.html [Consulta: 12/5/2014].

abril, de Agrupaciones de interés económico, los socios responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de la agrupación, siempre de manera subsidiaria.

Sin embargo, mientras las AIE sigan sin ser sustituidas por sociedades mercantiles tal y como exige la Ley española, ante un hipotético accidente nuclear ocurrido en España, con daños también en otros países, cabe preguntarse: ¿es posible demandar únicamente a la agrupación de interés económico en virtud del Convenio de París? En virtud del artículo 6 la respuesta más adecuada parece ser “sí”. Es decir, sólo es posible dirigir las acciones de responsabilidad por daños contra el explotador (operador o titular de la explotación) o contra el asegurador. Entonces, si el seguro no cubriera la responsabilidad fijada para la empresa, ¿podríamos demandar a las empresas propietarias y a sus matrices –en caso de pertenencia a grupos-? Y, en ese caso, ¿regularía la competencia el Reglamento UE 1215/2012? Todo parece que, bajo el Convenio, tales demandas quedarían al margen del régimen convencional y pasarían a ser reguladas por las normas institucionales de Derecho internacional privado –tanto en determinación de la autoridad competente como en la determinación de la ley aplicable-. Esto, como ocurría en el caso de los hidrocarburos, podría incrementar el riesgo de resoluciones contradictorias o cuyo resultado conjunto no favoreciera una respuesta sustantiva adecuada.

Lo cierto es que, pese al seguro obligatorio, los daños por un accidente nuclear, poco probable pero sin duda posible y de magnitudes catastróficas, no serían cubiertos en absoluto con las cantidades previstas en las modificaciones de los Convenios correspondientes al operador y, por tanto, aseguradas. Si se optara por ampliar la responsabilidad –bien haciéndola ilimitada bien limitándola sólo en casos de catástrofes naturales impredecibles e inevitables-, deberíamos plantearnos qué foros garantizarían mejor la eficacia –es decir, el objetivo- de dichas disposiciones. En este sentido quizás sería más conveniente admitir la posibilidad de reclamar frente a las propietarias de la central –y sus matrices- que son las que hacen negocio y que, en el caso de España al menos, pertenecen a grandes grupos societarios que, por año,

ingresan muchos más millones de euros de los que deberían pagarse con los baremos de limitación de responsabilidad⁵⁷⁷. Eso al menos antes de recurrir al pago subsidiario del Estado.

Por tanto, pese a que las disposiciones del régimen convencional de responsabilidad por daños nucleares –único responsable, seguro obligatorio, responsabilidad limitada, unidad de jurisdicción- facilitan enormemente la resolución del supuesto en el que grupos societarios se ven involucrados, no queda claro que las soluciones sean las más justas en el caso de hipotéticos daños nucleares causados por empresas que formen parte de entramados o grupos transnacionales.

3.1.2.5. Conclusiones al régimen convencional de responsabilidad civil por daños nucleares en lo que respecta a la determinación de la autoridad competente.

Pese a las lecciones aprendidas y los intentos de mejora, lo cierto es que, de persistir en un régimen específico para los daños nucleares, el éxito pasa por tener una ratificación a escala mundial –o lo más amplia posible- , con muchos más países adheridos al mismo régimen, algo que, a la luz de lo que

⁵⁷⁷ Por ejemplo, Endesa pertenece al grupo de empresas italiano Enel, que en el año 2013 (aún en crisis) obtuvo unos ingresos netos de 1.372.360.952 euros (y en 2012, 3.428.404.301 Euros), y que declaró un total de activos por 50.960.305.550 euros (Fuente: http://www.enel.com/en-GB/doc/report2013/Report_and_Financial_Statements_of_Enel_SpA_at_December_31_2013.pdf [Consulta: 12/5/2014]) . Si comparamos estas cifras con la indemnización limitada de régimen convencional para el operador de la central de 150 millones de DEG (Derechos especiales de giro) como máximo, que equivaldrían a unos 169 millones de euros, o bien las cantidades de la modificación del Convenio (que aún no está en vigor) que elevan la responsabilidad a un mínimo de 700 millones de euros, cuesta ver en qué se fundamenta el pago del Estado desde un umbral tan bajo y sin que se contemplen mecanismos procesales que faciliten la prueba de la culpa y, en ese caso la responsabilidad ilimitada, en caso de que así hubiera ocurrido el accidente. No obstante, la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por daños radiactivos (BOE nº 127, de 28 de mayo de 2011), fija montantes superiores en el caso de España aprovechando el margen de discrecionalidad de los convenios, llegando hasta los 1.200 millones de euros para el explotador, cantidad más respetable. Los datos de las cantidades indemnizatorias se han obtenido de la página del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y están actualizados a fecha 31.12.2013 en: <http://www.minetur.gob.es/ENERGIA/NUCLEAR/COMPROMISOS/Paginas/responsabilidadcivil.aspx> [Consulta: 13/5/2014].

hemos explicado, no tiene demasiadas posibilidades de ocurrir, sobre todo en relación a los países que no tienen centrales nucleares pero en los que podrían con facilidad manifestarse daños derivados de accidentes ocurridos en otros Estados.

Si bien es cierto que este régimen tiene sus ventajas en el ámbito de la determinación de la jurisdicción (como lograr de una manera poco costosa la concentración de acciones y la certeza acerca del tribunal competente, evitando posibles interpretaciones por la disociación espacial entre el lugar en el que se origina el daño y aquél en el que se manifiesta, y evitando también lagunas en caso de que los daños se produzcan en territorios no sujetos a soberanía estatal), observamos aún insuficiencias y cuestiones más polémicas. Entre otras, las motivadas por la acumulación de la responsabilidad civil a la acción penal, las acciones para la prohibición o cese de actividad, las posibles acciones para reclamar daños ecológicos puros, la previsión de normas en caso de que los daños sean causados por empresas multinacionales y la armonización con el Reglamento 1215/2012 cuando se ve involucrado algún Estado no parte de las convenciones o para cuestiones no reguladas por aquéllas.

En conclusión, al igual que ocurría con el régimen para la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, esta regulación convencional también se ha mostrado insuficiente en la práctica. En consecuencia, con frecuencia las víctimas de daños nucleares acudirán bajo el marco general a tribunales ordinarios, en los que, con mayor probabilidad, podrán interferir intereses políticos y económicos⁵⁷⁸. No obstante, si bien somos conscientes de estas deficiencias, la especial gravedad de los daños nucleares, su excepcionalidad y el elevadísimo coste asociado a los mismos, sí parecen ser motivos suficientes para justificar la especialidad del régimen que los regula, sin perjuicio de que pudieran subsumirse en un posible régimen general para daños ambientales que tuviera un adecuado sistema de valoración del daño con previsiones

⁵⁷⁸ G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, op.cit., p. 75.

acerca de daños de especial trascendencia, como por ejemplo la regulación del seguro obligatorio –limitado a una parte del daño-.

En cuanto al papel de los grupos societarios, la posibilidad de demandar también a la matriz del grupo parece positiva, sobre todo cuando el patrimonio de la filial y el seguro no cubran la totalidad de los daños, como puede ocurrir. Y esto también bajo el mismo régimen de responsabilidad, que facilite la prueba a las víctimas. La aplicación del Convenio reduciría los motivos para elegir un foro u otro a las ventajas procesales que pudieran obtener, como el acceso a acciones colectivas que abordaremos en el capítulo III. El principio *favor laesi* debería guiar la facultad de elección del foro entre el del domicilio de la matriz y el de donde haya ocurrido el accidente nuclear o, cuando no se pueda determinar, donde esté la central nuclear contaminante, aunque por lo general, serán coincidentes (todos o los dos últimos en casi cualquier caso).

3.2. Fuentes supraestatales convencionales no específicas. Convenios generales.

Además de los convenios para sectores específicos (nuclear e hidrocarburos) que acabamos de analizar, existen otros convenios que regulan la jurisdicción en el ámbito que estudiamos sin que se dirijan de manera concreta a ninguna fuente contaminante. Dos de ellos se refieren específicamente al transporte, marítimo y terrestre respectivamente, pero no están en vigor por falta de ratificaciones –entre las que España no se encuentra-, por lo que no haremos más que algunas breves anotaciones.

3.2.1. Convenios relativos al transporte de sustancias peligrosas.

El primero de ellos es el Convenio Internacional de Londres sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, de 3 de mayo de

1996⁵⁷⁹, elaborado en el seno de la OMI, que fue modificado, para conseguir el mínimo de ratificaciones, en el año 2010 con el correspondiente protocolo pero que, a fecha de mayo del año 2014, sólo han firmado ocho Estados⁵⁸⁰ –sin ratificación- por lo que sigue sin poder entrar en vigor, para lo que necesitaría doce ratificaciones. Amplía el daño a las aguas del mar a otras sustancias contaminantes, lo cual es positivo, pero su entrada en vigor aumentaría la cantidad de regímenes aplicables por contaminación y la interacción entre ellos, con la correspondiente complejidad e incertidumbre que ello supondría. Su artículo referido a la autoridad competente es el número 38 y, si bien recoge el foro *locus damni*, con permisión de pluralidad de jurisdicciones, tiene la peculiaridad de prever otros foros cuando el daño se ha verificado exclusivamente fuera del territorio de los Estados, en cuyo caso se reconocen competentes, alternativamente, los tribunales de:

“a) the State Party where the ship is registered or, in the case of an unregistered ship, the State Party whose flag the ship is entitled to fly; or b) the State Party where the owner has habitual residence or where the principal place of business of the owner is established; or c) the State Party where a fund has been constituted in accordance with article 9, paragraph 3.”

Pese al posible interés de este último punto, dado que España no es Estado firmante, que el Convenio tras su última modificación no está en vigor y que, a pesar de los esfuerzos, no tiene visos por llegar a estarlo en un futuro próximo, dejaremos su análisis al margen de este estudio⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ No confundir con el otro Convenio de Londres de prevención de la contaminación marina, de 29 diciembre 1972 -y el correspondiente Protocolo de Londres, de 7 noviembre de 1996-, en el que España sí es parte y que sí está en vigor. Vid., BOE nº 77, 31 marzo 2006.

⁵⁸⁰ Canada, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Países Bajos, Noruega y Turquía. Vid., <http://hnsconvention.org/Pages/Status.aspx> [Consulta: 22/5/2014]. Para ver el texto consolidado de la Convención modificada por el Protocolo 2010, vid. <http://hnsconvention.org/Documents/2010%20HNS%20Convention%20Consolidated%20text.pdf> [Consulta 22/5/2014].

⁵⁸¹ Puede consultarse al respecto: P. WETTERSTEIN, "Carriage of Hazardous Cargoes by Sea-The HNS Convention." *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 26, 1996, pp. 595 y ss.

Por otra parte destacamos el Convenio de Ginebra, de 10 de octubre de 1989 sobre responsabilidad civil por daños causados en el transporte de mercancías peligrosas por carretera, tren y barcos de navegación interior, del que actualmente sólo es parte Liberia y que han firmado también Marruecos y Alemania⁵⁸², por lo que no está en vigor (necesita para ello cinco ratificaciones). Prevé también normas de competencia judicial internacional en su artículo 19, incluyendo el foro del lugar del daño, del lugar del evento generador, del lugar de adopción de las medidas preventivas y del lugar de la residencia habitual del transportista y, de manera exclusiva, el tribunal en el que se consignara el fondo para las acciones relativas a su reparto.

3.2.2. El Convenio de Lugano de 1993, del Consejo de Europa.

El Convenio de Lugano de 1993, que tampoco está en vigor por falta de adhesiones⁵⁸³, es no obstante merecedor de atención especial por varias cuestiones, y es que además de reconocer el daño ecológico puro⁵⁸⁴, la responsabilidad objetiva ilimitada, y el derecho de las asociaciones de defensa del medio ambiente a plantear acciones de responsabilidad, también hace una regulación novedosa de la determinación de la competencia. Así, el texto

⁵⁸² Esta situación corresponde a la fecha 22/05/2014. Para ver información actualizada: COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPEA DE LAS NACIONES UNIDAS, Present Status of the Convention of Geneva on Civil Liability for Damage caused during Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels (CRTD), 10 October 1989, disponible en: http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/legalinst_55_tdg_crtd.html [Consulta: 22/05/2014].

⁵⁸³ A fecha de 14/01/2014, sólo han firmado 9 países (Chipre, Finlandia, Grecia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal) sin ninguna ratificación. Vid. Ratificaciones actualizadas e información sobre el tratado en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=150&CM=7&DF=24/05/2014&CL=ENG> [Consulta 14/01/2014].

⁵⁸⁴ De hecho, es el primer instrumento jurídico internacional que lo reconoció las compensaciones por daños ecológicos puros además de por daños civiles. Vid. J.P. ARISTEGUI, "Competencia judicial y ley aplicable en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente transfronterizos: el régimen de la Unión Europea", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 16, julio 2011, pp. 45-74. Más bibliografía sobre el Convenio de Lugano en: G. MARTIN, "La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano", *Revue Juridique de l'Environnement*, 1994, num. 2-3, pp. 115-136; G. J. MARTIN, "La réparation du dommage écologique et les sites contaminés: les perspectives de la convention du Conseil de l'Europe" en: M. PRIEUR (dir.), *Sites contaminés en droit comparé de l'environnement*, Pulim, Limoges, 1995.

incluye la doctrina de la ubicuidad⁵⁸⁵ y una serie de foros alternativos a elección del demandante (lugar del daño, lugar en el que se ejercitó la actividad peligrosa, lugar de residencia habitual del demandado), así como dos específicos para las acciones promovidas por asociaciones y para las demandas que pretenden la obtención de información en posesión de los demandados.

Cabe plantearse qué añadiría el Convenio de Lugano en caso de que fuera firmado y ratificado por la Unión Europea -o por la mayoría de sus países de manera individual- respecto a la autoridad judicial competente. Esencial parece el hecho de que puedan plantearse demandas por daños ecológicos puros y de que existan foros específicos para ello, así como que se prevea de manera específica la legitimación de las asociaciones –si bien sólo para reclamar la prohibición de una actividad, su cese o la adopción de medidas por parte del operador, pero no para reclamar responsabilidad⁵⁸⁶ - ; que existan varios foros a elección del demandante (aunque en realidad sólo añade, sobre las posibilidades que ofrece el Reglamento UE 1215/2012 el del lugar en el que se ha ejercitado la actividad peligrosa que, por otra parte, coincidirá fácilmente bien con el lugar de origen del daño bien con el de su verificación); y, entre otros, que se reconozca la responsabilidad objetiva ilimitada, la cual parece alcanzar un nivel de protección más amplio.

⁵⁸⁵ La veremos *infra*, pero podemos definirla como aquella que, ante un daño plurilocalizado, reconoce la competencia de cada Estado en el cual se verifica una parte del daño para juzgar esos daños en su territorio, si bien sólo aquél en el que se haya generado el daño será competente para juzgar la totalidad del daño. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2013*, p. 610.

⁵⁸⁶ Un paso más parece dar el artículo 12, sobre solicitud de acción, de la Directiva de la UE, 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales: “1. Una persona física o jurídica que: a) se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental, o bien b) tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño, o bien c) alegue la vulneración de un derecho, si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo de un Estado miembro, podrá presentar a la autoridad competente observaciones en relación con los casos de daño medioambiental o de amenaza inminente de tal daño que obren en su conocimiento, y podrá solicitar a la autoridad competente que actúe en virtud de la presente Directiva.” Vid., texto de la Directiva disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035&from=EN> [Consulta 22/5/2014]. Volveremos sobre la Directiva en el capítulo III.

Sin embargo, encontramos también inconvenientes: éste sería un instrumento más que añadir al ya de por sí muy sectorializado y complejo mosaico de disposiciones sobre responsabilidad civil por daños ambientales con sus respectivas normas de competencia, modelos de responsabilidad, etc. Tampoco abarca, pese a su vocación generalista, todos los daños ambientales, sino sólo a aquéllos producidos por instalaciones fijas por lo que, de nuevo, tendríamos una concurrencia normativa con regímenes institucionales o convencionales, referidas al transporte o daños especiales como los nucleares –también producidos por instalaciones fijas pero con regulación especial-. Y esto cuando no se comprende bien la necesidad de tanta segmentación ni que, contemplando la especialidad, no puedan darse soluciones más sencillas y generales.

En segundo lugar, respecto a la posible responsabilidad de los grupos de empresas, la canalización de la responsabilidad sobre un único responsable (el “operador”, como persona que ejercita el control efectivo de la actividad) dificulta la acción ante diferentes sociedades de un grupo porque simplifica inadecuadamente la realidad del mismo. Si bien el Convenio no habla de “operador” como el “registral” o formal sino como el que ejercita el control, lo cierto es que se complicaría la demanda frente a la matriz pudiendo obligar a levantar el velo, algo extremadamente difícil en el panorama legislativo en vigor.

Por todo ello, según algunos autores⁵⁸⁷ su incorporación al Derecho de la UE sería recomendable porque clarificaría la regulación institucional al respecto y proporcionaría una respuesta específica a los casos de responsabilidad civil por daños ambientales. Sin duda, y sobre todo en lo referido a la compensación no sólo a bienes y personas sino al medio ambiente en sí mismo, compartimos la opinión de que una regulación específica y homogénea sería muy deseable en la UE.

Más importantes por su repercusión y aplicación fueron el Convenio hecho

⁵⁸⁷ G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., p. 80.

en Bruselas el 27 septiembre 1968⁵⁸⁸, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 septiembre 1988⁵⁸⁹. El primero fue el instrumento supraestatal principal en esta materia hasta la entrada en vigor del Reglamento 44/2001, del cual fue base; y éste, a su vez, lo fue del Reglamento 1215/2012, ahora en vigor. Lugano pretendió extender el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, y con ello el espacio judicial europeo, a Islandia, Noruega y Suiza.

Para ser aplicados, ambos convenios exigen que el demandado esté domiciliado (en caso de persona física) o bien tenga su sede (en caso de persona jurídica) en el territorio de uno de los Estados parte. Desde el punto de vista material también es necesario que la controversia sea de naturaleza privada, civil o mercantil, siempre que no sea expresamente excluida de su ámbito de aplicación (artículo 1.2º en ambos textos). Al no ser la responsabilidad por daños ambientales parte de esta exclusión, ambos serían aplicables siempre que se cumpliera la exigencia de domiciliación y siempre que no existiera otro instrumento que, por las reglas generales de jerarquía normativa, debiera ser aplicado prioritariamente.

Existen otros convenios con terceros Estados en materia de responsabilidad extracontractual que, sin embargo, tienen poco impacto en la práctica general de la determinación de la competencia internacional por los tribunales españoles y que no estudiaremos por no guardar relación directa con

⁵⁸⁸ Sus disposiciones no serán objeto de estudio ya que el Reglamento 44/2001 lo sustituyó y con ello comunitarizó sus disposiciones. No obstante, no ha sido derogado y sigue siendo aplicable a los territorios incluidos en el Convenio y a los que no se les aplica el Reglamento 1215/2012, como veremos *infra*. Sin embargo, su marginalidad y su gran semejanza con el Reglamento hace innecesaria la referencia al mismo en lo sucesivo, con independencia de su gran relevancia con anterioridad al reglamento y de su valor como antecedente histórico.

⁵⁸⁹ Sustituido por el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007. Este Convenio tiene una norma *ad hoc* para arbitrar las posibles concurrencias normativas (vid. artículo 67).

el objeto de nuestro estudio⁵⁹⁰, al igual que ocurre con los convenios bilaterales⁵⁹¹.

IV. La determinación de la autoridad competente según las fuentes supraestatales institucionales: el Reglamento UE nº 1215/2012⁵⁹².

Fruto del proceso de *comunitarización* o *uropeización* del Derecho internacional privado, el Reglamento CE nº44/2001 sustituyó al Convenio de Bruselas de 1968, el cual era aplicable entre los Estados miembros antes de la entrada en vigor del Reglamento y sigue aplicándose en aquéllos territorios

⁵⁹⁰ Vid., M. VIRGÓS SORIANO Y A. CAMBRONERO GINÉS (coord.), *Comparative Study of Residual Jurisdiction in civil and commercial disputes in the UE, Spain*, Lex Mundi Project, European Commission, p.4. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_spain_en.pdf [Consulta 10/11/2014].

⁵⁹¹ IBÍDEM, p. 5. En España, el tratado bilateral con El Salvador en cooperación en materia civil incluye normas de determinación de la competencia. Sobre tratados bilaterales que incluyen normas de competencia en Derecho comparado en la UE, vid., A. NUYS, *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, September 2007. European Commission Study JLS /C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37. Disponible en: ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf [Consulta: 20/07/2013], especialmente, p. 24.

⁵⁹² En este epígrafe no se pretende más que hacer una breve presentación del Reglamento 1215/2012 –similar en las disposiciones que nos conciernen al núm. 44/2001 sobre el cual existe abundante bibliografía que sirve para la comprensión del primero por sus grandes semejanzas- para después centrarnos en el análisis de las normas relativas a obligaciones extracontractuales en relación a nuestro objeto de estudio. Para ver estudios en profundidad sobre este régimen institucional y valoraciones sobre su reciente modificación, vid., *inter alia*, A.L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, Comares, Granada, 2001, pp. 33-96; IBÍDEM, *Derecho...*, vol. II, op.cit, pp. 1122-1147; IBÍDEM, *Derecho...*, vol. I, op. cit., pp. 157 y ss.; H. GAUDEMONT – TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et Lugano (1988 et 2007)*, 4ªed, L.G.D.J., París, 2010, pp. 79 y ss.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, op.cit., pp. 62 -99; U. MAGNUS & P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation, 2nd Revised Edition*, Sellier - European Commentaries on Private International Law, Munich, 2012; B. HESS, T. PFEIFFER & P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation: Application and Enforcement in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2008; L. USUNIER, *La règlement de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, 2008; J. PONTIER & E. BURG, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, TMC Asser Press, The Hague, 2004; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El nuevo reglamento...", op.cit., por todos, disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> [Consulta: 27/02/2013]; F. GARAU SOBRINO, "Nace el nuevo reglamento Bruselas I", *Blog ConflictusLegum*, 20 diciembre 2012, disponible en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2012/12/doue-de-20122012-nace-el-nuevo.html> [Consulta: 12/09/2013]; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana" en: ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS), XXXIII Course on International Law 2006, Rio de Janeiro, 2007, pp. 293-326, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fernández%20A.%20def.BIS.pdf> [Consulta 12/12/2013].

que, como veremos al estudiar el ámbito de aplicación espacial del Reglamento, quedan fuera del ámbito de aplicación del mismo⁵⁹³.

Dicho Reglamento fue revisado y modificado en el año 2012 para mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones⁵⁹⁴, mejorar la libre circulación de las resoluciones judiciales en el Espacio Judicial Europeo y el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos. Con tal fin se promulgó, tras un largo proceso legislativo, el Reglamento de la UE nº 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 12 de diciembre de 2012), llamado “Bruselas I bis”, que es de aplicación desde el 10 de enero de 2015⁵⁹⁵.

No obstante, las modificaciones del Reglamento 1215/2012 no alteran la esencia del mismo ni, en su mayor parte, el contenido literal de las disposiciones que son relevantes a efectos de este trabajo, por lo que la bibliografía referida a su predecesor aplica en su mayor parte a la actual situación normativa. Por esta escasez de cambios significativos, el Reglamento 1215/2012 ha sido considerado por parte de la doctrina⁵⁹⁶ como una oportunidad perdida por no haber hecho frente a las grandes cuestiones que motivaban su adopción⁵⁹⁷.

⁵⁹³ El Considerando 9º del Reglamento 1215/2012, así lo recoge: “El Convenio de Bruselas de 1968 sigue aplicándose en los territorios de los Estados miembros que entran en su ámbito de aplicación territorial y que están excluidos del presente Reglamento en virtud del artículo 355 del TFUE”. También en: P. DE MIGUEL ASENSIO, op.cit, *passim*.

⁵⁹⁴ En especial, las reglas de competencia que remitían a las normas nacionales cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, las relaciones con el arbitraje, acuerdos de elección de foro o supresión del exequatur. Éste último alcanzado con éxito si bien con un alcance más limitado del sugerido en las propuestas iniciales.

⁵⁹⁵ Y deroga al anterior, ex art. 80 de su mismo texto.

⁵⁹⁶ Valoración de la modificación del reglamento en: P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, Año XXXIV, Número 8013, 31 de enero de 2013, p. 8 y bibliografía allí citada. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> [Consulta: 27/02/2013]

⁵⁹⁷ Basta contrastar la propuesta y el informe que le antecedió con el resultado final del Reglamento 1215/201 para constatar la insuficiencia de la reforma. Más adelante abordaremos, en especial, la propuesta de ampliar la aplicación de las normas de competencia judicial

En el seno de la UE, es éste el instrumento por excelencia para determinar la jurisdicción, si bien, como veremos, la realidad de los daños ambientales – con frecuencia plurilocalizados, transnacionales, causados por multinacionales europeas en el extranjero, indirectos, etc.- pone de manifiesto algunas deficiencias en este régimen y, con ello, evidencia la necesidad de mejoras.

4.1. El ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012.

4.1.1. El ámbito de aplicación espacial.

Respecto al ámbito territorial o espacial, el Reglamento se aplica en el territorio⁵⁹⁸ de todos los Estados miembros de la UE⁵⁹⁹. A los Estados que ingresen en la UE con fecha posterior a la entrada en vigor del Reglamento, se les aplicará desde su fecha respectiva de incorporación a la UE.

El único Estado que sí formaba parte de la Comunidad Europea en el momento de la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 pero que no formó parte de la adopción del mismo fue Dinamarca, por lo que la competencia judicial entre Dinamarca y los otros Estados miembros siguió estando regulada por el Convenio de Bruselas de 1968, excepción basada en el Protocolo n° 5 sobre la posición de Dinamarca de 1997, anexo a los Tratados (ahora Protocolo n° 22). Sin embargo, esta situación se vio modificada desde la firma,

internacional a los no domiciliados. Vid., COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de la Comisión de 14 de diciembre de 2010, COM(2010) 748 final.

⁵⁹⁸ Éste se determinará según las normas de Derecho internacional público. La sentencia del TJCE, 27 febrero 2002, *as. Weber*, C-37/00, incluye en aquél, a efectos del Reglamento 44/2001, las “instalaciones situadas en o sobre la plataforma continental adyacente” a un Estado miembro, considerada aquélla, por tanto, parte de su territorio.

⁵⁹⁹ A fecha de 20 de abril de 2015, los 28 Estados miembros: Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Alemania, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Irlanda, Polonia, Bulgaria, Rumanía, Chipre, Malta, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y Dinamarca con las particularidades apuntadas. Nótese que para Noruega, Suiza e Islandia, se aplicarán las disposiciones del Convenio de Lugano, relativo a la determinación de la jurisdicción y al reconocimiento de sentencias en materia civil y mercantil, revisado en 2009.

el 19 de octubre de 2005, de un acuerdo entre la UE y Dinamarca⁶⁰⁰ extendiendo las disposiciones del Reglamento en materia civil y mercantil a dicho país. El 27 de abril de 2006, el acuerdo fue aprobado en nombre de la UE mediante la Decisión del Consejo 2006/325/CE⁶⁰¹ que entró en vigor el 1 de julio de 2007. No obstante, el Reglamento 44/2001 se aplicó en Dinamarca no como Reglamento comunitario sino como un conjunto de normas que forman parte o derivan de un convenio internacional⁶⁰².

El Considerando 41º, el Reglamento 1215/2012 hace referencia a esta cuestión: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca que figura en anexo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación. No obstante, Dinamarca podrá aplicar las modificaciones introducidas en el Reglamento CE nº 44/2001, en virtud del artículo 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”. Finalmente, Dinamarca notificó a la Comisión su decisión de adherirse al Reglamento 1215/2012 mediante carta de 20 de diciembre de 2012⁶⁰³.

Por otra parte, conviene recordar la peculiaridad de que ciertos territorios de los Estados miembros, en virtud del artículo 299 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (ahora artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, de 16 de enero de 2005, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DOUE L 299/62.

⁶⁰¹ Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 120/22.

⁶⁰² A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I, op.cit., p. 179.

⁶⁰³ DOUE L 79, de 21 de marzo de 2013.

⁶⁰⁴ Según la interpretación conjunta de los artículos 355 TFUE, ex arts. 299 TCE y 68.1 Reglamento 1215/2012, son: En *Francia*, en todos los territorios que son parte integrante de la

4.1.2. Ámbito de aplicación temporal.

El Reglamento 1215/2012 es aplicable desde el 10 de enero de 2015⁶⁰⁵, tal y como establece su artículo 66. Su carácter irretroactivo lo hace exclusivamente aplicable a:

a) Las acciones ejercitadas *tras* la fecha fijada para el comienzo de su aplicabilidad (10 de enero de 2015, que no coincide con la de su entrada en vigor), en lo que a la *competencia judicial* se refiere, con independencia de cuándo ocurrieran los hechos en los que tal acción se basa. Así lo expresa el artículo 66: “1. Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha.

b) En cuanto a validez extraterritorial de decisiones, a las resoluciones dictadas a raíz de acciones ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente

República Francesa; en *Reino Unido*, el reglamento no se aplica en Islas del Canal o islas anglonormandas, Isla de Mann, Islas Caimán, Anguila, Malvinas-Falkland, Georgia del Sur y Sándwich del Sur, Monserrat, Pitcairn, Santa Elena y dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas, Bermudas. No obstante, el Convenio de Bruselas tampoco se aplica a dichos territorios. Sí queda incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento Gibraltar (Acuerdo entre el Representante Permanente de la UE y Reino Unido de 19 de octubre de 2000, sobre el régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y de la CE y Tratados conexos, BOE nº 58, de 8 marzo 2001), vid., sobre Gibraltar: M. CHECA MARTÍNEZ, “La aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano en Gibraltar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998, pp. 297-302; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Acuerdos de cooperación entre España y el Reino Unido de 19 de abril de 2000 a propósito de Gibraltar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, nº 1, pp. 273-275. En España, también a Ceuta, Melilla y archipiélagos; en Portugal, también en las islas Azores y Madeira; en Finlandia, sí se aplica a las islas Aland; en Dinamarca, el reglamento no se aplica a las Islas Feroe. Y el Convenio de Bruselas tampoco se aplica en dichos territorios; en los Países Bajos, el reglamento se aplica en Aruba y en el territorio europeo –no así en las Antillas neerlandesas-.

⁶⁰⁵ Excepto para los artículos 75 y 76, referidos a los deberes de información a la Comisión por parte de los Estados miembros, que se aplican desde el 10 de enero de 2014.

Reglamento (ex. art. 66.2).

4.1.3. Ámbito de aplicación material, con especial referencia al supuesto de hecho de la investigación.

Por su parte, respecto al ámbito material, el Reglamento Bruselas I regula un amplísimo campo material, si bien será aplicable sólo si tiene un *elemento internacional*⁶⁰⁶ y si el objeto del litigio es de *materia civil o mercantil* –concepto de autónomo del Reglamento⁶⁰⁷ pero no definida en él-, salvando las excepciones enumeradas en su artículo 1.2º, no referidas a los supuestos que nos ocupan. Son indiferentes, por tanto, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, la nacionalidad de las partes, el tipo de acción interpuesta – individual o colectiva- o el tipo de procedimiento⁶⁰⁸.

No siempre es fácil la calificación de la materia “civil” objeto de litigio. Habrá que atender a los fines y principios fundamentales del Reglamento y de los Derechos nacionales de los Estados miembros⁶⁰⁹. En general se ha realizado una interpretación amplia de lo que se ha de entender por “materia civil” a efectos del Reglamento, siendo los principales motivos para la exclusión del mismo el hecho de que se trate de una materia de Derecho público o bien sea de Derecho privado pero esté específicamente regulada en otro instrumento

⁶⁰⁶ Esta cuestión, al no estar definida en el Reglamento, ha sido ampliamente abordada por doctrina y jurisprudencia. Entre otras muchas referencias: STJCE 28 marzo 1995, as. *Benson*, C-346/93; STJCE 1 marzo 2005, as. *Owusu*, C-281/02; STJUE 17 noviembre 2011, as. *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, C-327/10. Dado el consenso sobre la suficiencia de que exista “algún elemento extranjero”, no ahondaremos más en ello.

⁶⁰⁷ Entre otras, vid., STJCE 14 noviembre 2002, as. *Steenbergen*, C-271/00, pº 37; STJCE 15 febrero 2007, as. *Lechouritou*, C-292/05, pº 46; STJUE 28 abril 2009, as. *Apostolides*, C-420/07, pº 41 y otras anteriores en ellas citadas.

⁶⁰⁸ Vid., algunas precisiones respecto a su aplicación a ciertos procedimientos (monitorios, actos de jurisdicción voluntaria o diligencias preliminares) en: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol.I, op.cit., p. 182.

⁶⁰⁹ Vid., STJCE 14 octubre 1976, as. *LTU*, 29/76, pº 3; STJCE 22 febrero 1979, as. *Gourdain*, 133/78, pº 3; STJCE 16 diciembre 1980, as. *Rüffer*, 814/79, pº 7; STJCE 21 abril 1993, as. *Sonntag*, C-172/91, pº 18, entre otras.

(es el caso del arbitraje o la quiebra) o pertenezca al Derecho de familia⁶¹⁰. En el ámbito de los daños ambientales, estos formarán claramente parte de la materia civil cuando se trata de daños individuales a derechos e intereses de los afectados, así como a sus intereses supraindividuales. En el caso de los daños ecológicos, su encuadre como materia civil o administrativa dependerá de la consideración del acto de reclamación de los costes por parte de la Administración como *iure imperii* o *iure gestionis* (actos de un organismo público pero basados en las normas del Derecho privado)⁶¹¹ y con ello de su encuadre en el Derecho privado o público, algo que no siempre resulta de fácil determinación.

El caso paradigmático en el que ha tenido que discernirse tal cuestión es el asunto *Boliden-Aznalcóllar*, desastre ecológico producido en el entorno del Parque Nacional de Doñana en abril de 1998 como consecuencia de la rotura de una presa de la mina de Aznalcóllar, propiedad de la empresa Boliden Apirsa S.L. (matriz sueca Boliden AB) que dio lugar a un vertido de residuos tóxicos de consecuencias catastróficas para la flora y la fauna del Parque. El vertido afectó a 4.402 hectáreas de terrenos agrícolas y ganaderos, en las riberas de los ríos Guadiamar y Agrio, cercanos al Parque Nacional de Doñana⁶¹². Tras cerrarse la vía penal sin responsables, la Junta de Andalucía (administración competente en el asunto), que desembolsó el importe para la limpieza de la zona (unos 89 millones de Euros), demandó, el 16 de noviembre de 2002, a la filial española Boliden Apirsa S.L. (del grupo multinacional Boliden⁶¹³, dedicado a la extracción de minerales) conjuntamente con las

⁶¹⁰ Vid., sobre las exclusiones y su interpretación y extensión, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol.I, op.cit., pp. 186-192.

⁶¹¹ Vid., J.A. GARCÍA LÓPEZ, "El concepto de "materia civil y mercantil" en el Convenio de Bruselas y su formulación en la reciente jurisprudencia del TJCE", *Diario La Ley*, año XXIV, nº 5883, 31 octubre 2003, pp. 1-8.

⁶¹² Para más información sobre los hechos, vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, op.cit., pp. 605-607; M. VINAIXA MIQUEL, "El levantamiento...", op.cit., pp. 277-278.

⁶¹³ Según G. ESTEBAN DE LA ROSA, "no cabe duda de que se trata de un grupo, conformado por una pluralidad de empresas instaladas en distintos países del mundo (...) Su administración y dirección está ubicada en Estocolmo, pero el capital principal está en manos de Boliden Ltd., que es una sociedad estatal establecida en Toronto (Ontario, Canadá)". Para más información acerca de la formación del grupo, vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, op.cit., p. 619.

sociedades Boliden A.B., sueca, y Boliden BV, neerlandesa. El Juzgado de Primera Instancia nº11 de Sevilla se declara incompetente.

El caso, quince años después y tras un largo peregrinaje judicial⁶¹⁴, aún se encuentra sin resolver pendiente en el juzgado de primera instancia de Sevilla, paradójicamente el mismo que se inhibió hace 15 años⁶¹⁵. El motivo de esta dilación radica precisamente en la distinta calificación de la naturaleza del objeto de litigio: la Junta de Andalucía entendía que la naturaleza de la pretensión era civil, pero el juez de primera instancia número 11 de Sevilla no lo compartió y se declaró incompetente; posteriormente, la Audiencia Provincial le dio la razón al Juzgado: la reclamación tiene naturaleza administrativa y no civil. En respuesta a estas resoluciones, la Junta de Andalucía inició la vía administrativa imponiendo una multa, recurrida por la empresa alegando que se trataba de una pretensión civil y no administrativa, lo cual el TSJ de Andalucía refrenda. La Junta andaluza recurre al Tribunal Supremo que declara que se trata de un *asunto civil* y no administrativo, y ordena que vuelva el asunto al juzgado de primera instancia en mayo de 2012, doce años después de la catástrofe⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Vid. J. MARTÍN-ARROYO, “La justicia reinicia el caso Bolidén 15 años después de la catástrofe ecológica”, *Diario El País*, 27 de abril de 2013. Disponible en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/04/26/andalucia/1367005336_258073.html [Consulta: 12/11/2013].

⁶¹⁵ C. GÓMEZ LIGÜERRE, “Quien contamina...”, op.cit., p.4. Vid, también, A. YBARRA BORES, La ejecución de las sanciones administrativas en el ámbito de la Unión Europea, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2006, pp. 22, 42-44.

⁶¹⁶ Según algunos autores, esta dilación en el tiempo, palmaria y con un resultado profundamente perjudicial, responde a la dificultad de juzgar el caso, por lo mediático y lo complejo del mismo, de manera que se han intentado escurrir las responsabilidades siendo, al parecer de muchos, clara la naturaleza civil del asunto. Este supuesto pone de manifiesto otro tipo de problemas de competencia, los que pueden darse en atención a la naturaleza del asunto teniendo en cuenta las normativas de Derecho administrativo en relación a los daños ambientales. También, la dificultad intrínseca de reconocimiento extraterritorial de la resolución de carácter administrativo vs. la que se obtendría en un procedimiento civil, de eficacia directa en la Unión. Sobre su reconocimiento y ejecución, vid., A. YBARRA BORES, “A vueltas con Boliden”, *El Correo de Andalucía*, 8 de agosto de 2004; IBÍDEM, “El laberinto de Boliden”, *El Correo de Andalucía*, Tribuna de Opinión, 30 de mayo de 2005; IBÍDEM, “Boliden: una vuelta de tuerca más”, *Diario de Sevilla*, Tribuna, 30 de septiembre de 2006; IBÍDEM “Abierto un nuevo frente de batalla”, *El Correo de Andalucía*, 22 de junio de 2007.

Según la Sala Especial de Conflictos del TS, la acción ejercitada “es la derivada del reembolso de sumas económicas a que hizo frente la Junta de Andalucía con motivo del vertido” y “en ningún caso se acciona o demanda contra una Administración” sino que “se imputa responsabilidad civil a personas jurídicas de Derecho privado”. A tenor de esta realidad (la Administración reclama a una empresa privada una cantidad en concepto de responsabilidad por daños, existiendo una posible culpa), el supuesto encajaría en el ámbito de aplicación material del Reglamento (art. 1), que será de aplicación con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del caso, como ya apuntamos y como ha dejado claro el TJCE. Algunos autores, no obstante, consideran que las reclamaciones planteadas por autoridades públicas que no se basen directamente en su calidad de propietario (o subrogado) y que encajen en el marco del régimen de la Directiva 2004/35/CE (traspuesta en nuestra LRM, vid. supra), deben excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento⁶¹⁷.

La interpretación de los tribunales en el caso *Boliden* es significativa de cara a la aplicación del Reglamento 1215/2012 a supuestos de daños ecológicos puros, ya que permitiría –en lo que corresponde al ámbito indemnizatorio, no al sancionador- que pudieran tramitarse en el mismo Estado y, eventualmente, en el mismo procedimiento, todas las reclamaciones que se basan en el mismo hecho generador del daño, estrechamente vinculadas y cuya tramitación separada podría dar lugar a soluciones contradictorias y poco coherentes con los fines de protección medioambiental de la UE y con los principios de acceso a una tutela judicial efectiva. Además, sería coherente con el Reglamento 864/2007, sobre la determinación de la ley aplicable en obligaciones extracontractuales en el que se incluyen tanto los daños ecológicos como los daños a derechos subjetivos tradicionales asociados a los primeros (vid. supra). De este modo, y en este ámbito particular, el Reglamento 864/2007 constituiría una prolongación natural del Reglamento 1215/2012, tal como

⁶¹⁷ Vid., C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “El Derecho internacional privado de la UE en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2013-2014, 2013, pp. 367-400, p. 379.

también ocurre con el Reglamento 593/2008, en relación a la ley aplicable a obligaciones contractuales.

Parece pues una solución que favorece la coherencia, la igualdad de trato, la seguridad jurídica y la consistencia en la aplicación del Derecho, así como la eficacia y eficiencia procesal.

4.1.4. Ámbito de aplicación personal.

4.1.4.1. El requisito de domiciliación en el territorio del Reglamento.

Teóricamente, el Reglamento 1215/2012, al igual que el 44/2001, se aplica con independencia de la nacionalidad y domicilio de las partes, por lo que se le ha atribuido un alcance *erga omnes*. Sin embargo, el alcance de su aplicación responde, claramente, al domicilio de las partes, en especial del demandado, de manera que nos encontramos con diferentes grados de aplicación.

- 1) Si ambas partes, demandado y demandante, están domiciliados en el territorio del Reglamento, entonces éste se aplica íntegramente con exclusión de las normas de producción interna, al igual que ocurre cuando sólo el demandado es domiciliado.
- 2) Por el contrario, cuando es sólo el demandante el domiciliado o ninguna de las partes lo es, entonces sólo se aplicarán los artículos del Reglamento referidos a la sumisión expresa (art. 26), a las competencias exclusivas (art. 24) y a las normas de competencia en presencia de parte débil (art. 18.1 y 21.2, por acciones entabladas por demandantes que sea el consumidor o trabajador respectivamente)⁶¹⁸. Para lo que no resulte regulado por el Reglamento, se acudirá a las normas de determinación de la

⁶¹⁸ Éstas últimas no se encontraban previstas en el Reglamento 44/2001, por lo que resultan ser las únicas excepciones introducidas en el proceso de reforma, vid. *infra*. Sobre la exclusión del contrato de seguro en las excepciones en razón de la existencia de parte débil, vid., B. CAMPUZANO DÍAZ, "Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº28, 2014, pp. 1-35, pp. 16 y ss.

competencia de producción interna del Estado en el que se plantee el litigio.

Por tanto, el art. 4 del Reglamento es presupuesto para su aplicación dejando al margen las citadas excepciones, ambas, por lo general, ajenas a nuestro supuesto de estudio. De esta manera, las normas de competencia tienen un claro carácter personal que permiten aún un papel importante a las normas internas. Así se justifica en los considerandos 13º y 14º del Reglamento:

“(13) Debe existir una conexión entre los procedimientos a los que se aplique el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros. Por consiguiente, las normas comunes sobre competencia judicial deben aplicarse, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro.

(14) Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado”.

En conclusión podemos decir que de acuerdo al régimen del Reglamento 1215/2012, se consideran casos con conexión europea aquellos que “tienen demandados domiciliados en la UE” y aquellos que “están conectados a países de la Unión por foros exclusivos”, por lo que todos los restantes –a excepción de los acuerdos de sumisión y de los arts. 18.1 y 21.2, cit. *supra*- se regularán

con normas nacionales⁶¹⁹. Este panorama altera sólo ligeramente lo dispuesto por el Reglamento 44/2001, si bien con ánimo de mejorar y homogeneizar –y con ello facilitar- la aplicación global del Reglamento⁶²⁰, reforzar la consistencia del papel exterior de la UE como actor internacional y con el objetivo de no generar distorsiones en el acceso a la justicia en los distintos Estados miembros en sus relaciones con terceros países, la Comisión planteó, basándose en informes de juristas expertos⁶²¹, una propuesta de modificación⁶²² del Reglamento que incluía, entre otros aspectos, la extensión de todas las normas de competencia judicial internacional a los demandados no domiciliados⁶²³. Esto implicaba la eliminación del art. 4 (ahora 6) del Reglamento, afectando, directamente a la redacción de otros tantos artículos (que remiten al primero), de manera que el Reglamento se aplicara con independencia de la domiciliación del demandado. Resulta curioso que no se incluyera el art. 6.1 (hoy 8.1, foro de conexidad procesal o litisconsorcio), uno de los más necesarios en atención a las problemáticas que pueden presentarse irresueltas, vid. *infra*.

⁶¹⁹ I. PRETELLI & L. HECKENDORN (eds.), *Possibility and terms...*, op.cit., p.6. Sobre la posibilidad de seguir aplicando las normas nacionales en los casos de contratos con trabajadores o consumidores, vid., F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “El nuevo Reglamento el reglamento 44/2001: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, nº48, 2013, pp. 9-35, especialmente, pp. 16-21. Parece pronunciarse en contra de esta armonización de mínimos que permita recurrir a normas nacionales alternativamente: B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de...”, op.cit., pp. 15 y 16.

⁶²⁰ Con base en el art. 81 del TFUE, en el que se faculta a la UE a desarrollar una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, en particular –pero no exclusivamente- cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. Vid., B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de...”, op.cit., p. 5 y bibliografía allí citada.

⁶²¹ B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States, September 2007, Study JLS/C4/2005/03 disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf [Consulta 22/01/2014] y el informe de A. NUYS, Study on residual jurisdiction..., op.cit.

⁶²² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010), 748 final, 14 diciembre 2010.

⁶²³ Sobre la propuesta de la Comisión y, en concreto, sobre la posibilidad de incluir a los no domiciliados, apoyada por A. NUYS y por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP), vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La aplicación del reglamento Bruselas I a los domiciliados en terceros estados: los trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 795-814.

Entre las ventajas –de su ampliación a no domiciliados- se alegaban la facilidad de aplicación por los operadores jurídicos que no tendrían que estudiar las normas de competencia residual de los diferentes Estados miembros dependiendo del domicilio del demandado, con el incremento de la seguridad jurídica, previsibilidad e igualdad en el trato; además, se reducirían los costes de litigación. Se fijaron, también, dos foros subsidiarios –el del lugar de los bienes del demandado y el *forum necessitatis*⁶²⁴-, para cuando el tribunal de un Estado miembro no fuera competente según las otras normas de competencia judicial internacional del Reglamento, así como la ampliación de la litispendencia y la posibilidad, incluso, de suspender el procedimiento si se trata de un asunto sobre el que un tercer Estado tiene competencia exclusiva o sobre el que exista acuerdo de sumisión⁶²⁵. En contra se alegó la falta de evidencia a favor que lo justificase así como la vulneración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Finalmente la propuesta no tuvo éxito debido a la oposición del Parlamento Europeo y del Consejo⁶²⁶-, manteniéndose la limitación del domicilio en la UE salvo en casos de sumisión expresa⁶²⁷ y de competencias exclusivas e

⁶²⁴ Sobre éste último volveremos a tratar en las propuestas, al final del capítulo.

⁶²⁵ Expresa, ya que el silencio que mantiene el Reglamento sobre la sumisión tácita ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Vid., B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de...”, op.cit., p. 8 y 13 y bibliografía allí citada.

⁶²⁶ Vid., Proyecto de informe sobre la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), (COM(2010) 784 – C7 -0433/2010-2010/0383 (COD)), 28 junio 2011; Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), (COM (2010)748- C7-0433/2010 -2010/0383(COD)), 20 noviembre 2012. Sobre el proceso de negociaciones y sobre el contexto en el que se realizó la modificación del Reglamento, vid., F. CADET, “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journal du Droit International*, nº 3, 2013 , pp. 765-790, en especial, pp. 766-767; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Las normas de...”, op.cit., pp. 2-7 y bibliografía allí citada.

⁶²⁷ Ahora con independencia del domicilio de las partes, salvo que alguna de ellas residiera en un Estado parte del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y no fuera Estado miembro de la UE, en cuyo caso se aplicará aquél en lugar del Reglamento (ex art. 71.1 Reglamento). En ejercicio de sus competencias, la UE lo firmó el 1 de abril de 2009 si bien el texto aún no se halla en vigor, previéndose esto para el 1 de octubre de 2015 (vid., F. GARAU SOBRINO, “Entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro”, entrada del Blog Conflictus Legum, 23 junio 2015, disponible en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/06/entrada-en-vigor-del-convenio-de-la.html> [Consulta: 25/6/2015]).

incluyéndose, *ex novo*, las relativas al trabajador o consumidor como demandantes. Este ámbito de aplicación personal tiene una relevancia de primer orden respecto del supuesto de hecho que nos planteamos en el que, como parte demandada, nos encontramos diversas sociedades de grupos multinacionales, muchas de cuyas filiales no estarán domiciliadas en territorio europeo. La problemática se verá claramente a lo largo de este capítulo.

No obstante, precisamos que, a efectos del Reglamento 1215/2012, al igual que en el 44/2001, el concepto “sociedades y personas jurídicas”, sobre las cuales se aplica el requisito de “domiciliación”, es autónomo (STJCE, de 22 de noviembre de 1978, as. *Somafer*, 33/78) y amplio: en él se incluyen las sociedades mercantiles, las personas jurídicas de naturaleza no societaria – asociaciones civiles, fundaciones, agrupaciones de interés económico, corporaciones, etc.-, otros entes sin personalidad jurídica a los que su Ley personal reconozca derechos y/u obligaciones, -por ejemplo, los *partnerships* del Derecho anglosajón, la *société en nom collectif* del Derecho francés, etc.- , sociedades organizadas según el Derecho privado pero en manos del Estado o de organismos públicos cuando el acto sea privado y las formas asociativas de Derecho de familia⁶²⁸.

A pesar de la presencia, importancia y nivel de las operaciones de los *grupos de sociedades*, en la actualidad dicha noción no puede entenderse

Las relaciones entre la UE y el resto de países parte en el Convenio se regulan en el art. 26.6.a) de éste, en base al cual prevalecerá aquél sobre el Reglamento 1215 únicamente si concurren tres condiciones cumulativamente: 1) Que demandante y/o demandado vinculados por la cláusula de elección de foro residan en un Estado no miembro de la UE pero parte del Convenio (en teoría sólo México). 2) Que ambos textos se declaren aplicables al supuesto en cuestión. 3) Que la aplicación de los dos instrumentos conduzca a resultados contradictorios. Ahora bien, la concurrencia de esta última condición resulta casi imposible en la práctica, por lo que se garantiza la prevalencia del Reglamento 1215, lo cual a su vez coincide con lo indicado en el art. 26.1 del Conv., que reconoce que sus reglas deben interpretarse de forma que resulten compatibles con otros textos internacionales. Vid., F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro: autonomía privada y competencia judicial internacional”, *Diario La Ley*, nº 8423, 18 de noviembre de 2014, (consultada la versión online); R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley Unión Europea*, nº 22, enero 2015, pp. 1 y ss., p. 35.

⁶²⁸ Vid., A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 658; P. VLAS en: U. MAGNUS & P. MANKOWSKI (ed.), op.cit., pp. 76 y ss.

incluida en este concepto amplio de “sociedad”, prevalenciando el principio clásico de independencia jurídica y sin que el grupo tenga, como tal, personalidad jurídica propia como “sociedad”⁶²⁹.

4.1.4.2. La frecuente presencia de empresas con participación estatal en los grupos societarios transnacionales: ¿inmunidad de jurisdicción?

En los casos que planteamos no es infrecuente que alguna de las sociedades involucradas, especialmente en países en vías de desarrollo, sea de capital estatal total o parcialmente. Esto puede hacer surgir la cuestión de la inmunidad de jurisdicción. De esta forma, cuando un particular presenta ante los tribunales de un Estado una demanda contra un Estado extranjero o alguno de sus órganos, aquéllos no tendrán competencia *ratione materiae* para conocer del asunto. Ahora bien, aunque en un origen esta inmunidad era absoluta, a principios del s. XX empezó a relativizarse, limitándose a determinados actos, los *iure imperii*, que tienen que ver directamente con el ejercicio de la autoridad pública.

En el caso de las empresas con participación estatal, la práctica es confusa y contradictoria. En nuestra opinión, debe considerarse una excepción a la inmunidad siempre que las sociedades participadas no estén realizando por delegación actos de poder público directamente relacionados con la autoridad soberana. Además, en casos de extrema gravedad –por la proximidad considerable del supuesto a otros de violaciones de derechos humanos–, cabría considerar la aplicación de la *human rights exception*⁶³⁰ para que la inmunidad no amparase tales violaciones, sobre todo cuando el foro del lugar en el que se verificó el daño no garantizase una tutela judicial efectiva.

⁶²⁹ Vid., *supra*, capítulo I.

⁶³⁰ Vid., ampliamente, sobre la inmunidad de jurisdicción y las reclamaciones por violaciones de derechos humanos: M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones...*, op.cit., pp. 77-107. En caso de demandarse por la responsabilidad derivada de crímenes internacionales se aplicarán para la determinación de la competencia judicial internacional las normas de producción interna, en nuestro caso, los arts. 21-25 de la LOPJ.

Así, ante sociedades participadas por el Estado, deberemos analizar la naturaleza del acto en cuestión que dio origen a la responsabilidad, de forma que siempre que éste sea *iure gestionis*, sí se apliquen las disposiciones del Reglamento 1215/2012 en materia civil y mercantil, mientras que si se trata de actos *iure imperii*, relacionados con la función y finalidad pública⁶³¹, no se aplique. Por tanto, entendemos que, en los supuestos que nos planteamos, no debe en principio reconocerse la inmunidad a empresas participadas por el Estado que formen parte de grupos transnacionales de sociedades⁶³², sobre todo porque daría lugar a fraudes con facilidad, contratando las matrices extranjeras con empresas mínimamente participadas por el Estado como condición para la inversión, algo que, dada la diferencia en el poder de negociación, podrá cumplirse con facilidad y evadir de esta forma la responsabilidad que puedan generar sus actos en relación al medio ambiente y a sus habitantes.

4.2. Los foros para las obligaciones extracontractuales: daños ambientales causados por empresas de grupos societarios.

El supuesto de hecho que nos planteamos encaja dentro de la categoría de responsabilidad extracontractual, la cual se define de manera residual como el conjunto de todas aquellas obligaciones que no derivan ni de contrato ni de cualquier otra institución jurídica como los alimentos, el matrimonio, los alimentos, la filiación, derechos reales, etc., en el mismo sentido del art. 1908 Código civil. En la actualidad, su complejidad técnica y su carácter internacional y plurilocalizado hace que la determinación de la competencia

⁶³¹ Funciones y prerrogativas que no están al alcance de los particulares, vid., STJCE 15 febrero 2007, as. *Lechouritou*, C-292/05, pº 31; STJCE 15 mayo 2003, as. *Préservatrice*, pº 22; STJCE 14 noviembre 2002, as. *Baten*, C-271/00, pº 30; STJCE 21 abril 1993, as. *Sonntag*, C-172/91, pº 20; STJCE 16 diciembre 1980, as. *Rüffer*, C-814/79, pº 8; STJCE 14 octubre 1976, as. *LTU*, 29/76, pº 4, entre otras.

⁶³² E. SALAMANCA AGUADO, "Inmunidad de jurisdicción del estado y el derecho de acceso a un tribunal a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto McElhinney c. Irlanda*", *Anuario de Derecho Internacional*, XVIII, 10, 2002, pp. 347-387, p. 367. También, STEDH 21 noviembre 2001, as. *McElhinney vs. Irlanda*, app. nº 31253/96, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59887> [Consulta: 20/6/2014].

respecto a las mismas sea sumamente difícil, ya que las conexiones pueden ser muchas y muy variadas, como veremos a lo largo de este capítulo.

De manera general, ante un supuesto de responsabilidad extracontractual por daños ambientales causados por sociedades, según las disposiciones del Reglamento 1215/2012 resultaría competente:

1º) El tribunal determinado por las partes, expresa o tácitamente (arts. 25 y 26); en su defecto,

2º) el tribunal del lugar en el que se encuentre domiciliado el demandado dentro del territorio de aplicación del Reglamento (art. 4), y, alternativamente,

3º) el tribunal del lugar en el que se haya producido o pudiese producirse el hecho dañoso (art. 7.2)⁶³³.

Veámoslos en detalle, con especial atención a nuestro supuesto de hecho y a la presencia de sociedades parte en un grupo como demandadas.

4.2.1. Foro de la autonomía de la voluntad.

Los tribunales del Estado miembro al que las partes se hayan sometido de manera expresa o tácita y en los términos fijados por las mismas (arts. 25 y 26)⁶³⁴. Si existe acuerdo válido, entonces este foro será prioritario a cualquier otro. No obstante, en el tipo de supuestos a los que nos enfrentamos, cabe sospechar de la validez de un acuerdo entre un grupo societario multinacional y una comunidad de vecinos o una administración local de un país generalmente en vías de desarrollo o, simplemente, demandante de inversión extranjera

⁶³³ En algunas ocasiones el supuesto de daño medioambiental ha querido reconducirse, equivocadamente en nuestra opinión, al foro de competencia exclusiva relativa al lugar en el que se hallen sitios los bienes inmuebles sobre los que se ostentan derechos reales (art. 24.1 Reglamento 1215/2012). De la misma opinión, vid., P. MANKOWSKI, "Article 5", en: A. MAGNUS & P. MANKOWSKI (ed.), *op.cit.*, p. 237, nota 1296.

⁶³⁴ Sobre la primacía de este foro, sus requisitos de fondo y forma y la cuestión de su exclusividad, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, "La responsabilidad...", *op.cit.*, pp. 327- 333.

directa en proyectos “millonarios”, por la presencia de una “parte débil”, aunque este supuesto no sea considerado como tal por el Reglamento a efectos de fijar límites a los acuerdos de sumisión⁶³⁵.

Sin perjuicio de las virtudes⁶³⁶ que pueden tener estos foros elegidos por las partes en igualdad de condiciones, es aquél un análisis que debería motivar facilidades normativas a la hora de impugnar la validez de un acuerdo sobre el foro por la parte débil o para limitar los efectos de las cláusulas de elección de fuero siempre que, de otra manera, pudiera vulnerarse su derecho a una tutela judicial efectiva con alta probabilidad. Otra alternativa es que el acuerdo fuese tomado con la participación de alguna institución que sirviera de “garante” de la validez del acuerdo -esto es, de que es justo, informado y libre- como un juez o un organismo público y/o una organización representativa de defensa del medio ambiente y/o los derechos humanos.

Distinto a este supuesto es el de la sumisión tácita, que puede ser más frecuente en los casos que estudiamos⁶³⁷, para lo que simplemente es

⁶³⁵ Sí reconoce el Reglamento límites a la sumisión en cuestiones de forma y de fondo respecto de los casos de *trust* (art. 25.3), contratos con consumidores (art. 19), contratos de trabajo (art. 23) o en materia de seguros (art. 15).

⁶³⁶ Entre otras, la unidad jurisdiccional de litigios y el consecuente ahorro de costes, la seguridad jurídica y la previsibilidad del lugar del litigio para las partes, la posibilidad de elegir el que las partes consideran que es el mejor tribunal posible –en atención a costes, calidad, seguridad, etc.-. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. I, op.cit., p. 219. Nótese, no obstante, que en casos de responsabilidad extracontractual tiene menos sentido el acuerdo, especialmente en estos supuestos de daños ambientales en países en vías de desarrollo en los que pactar con una comunidad el tribunal competente en caso de que se produjera algún daño ambiental sería cuanto menos dudoso, no sólo por la evidente desigualdad de las partes en el conocimiento de las ventajas procesales, sino también porque tal intención refleja la conciencia de que existe cierta probabilidad de causación del daño ante la “molestia” de elaborar un acuerdo de ese tipo al margen de cualquier otra negociación. Sí podría darse con mayor frecuencia en el marco de los acuerdos comerciales con el gobierno del país, lo que podría tener una clara repercusión en el tema de los daños ecológicos, pero no vincularía a víctimas individuales que quisieran reclamar ante otros tribunales. Aun en este supuesto pensamos que debería de haber limitaciones al acuerdo o posibilidades de impugnación en determinados supuestos porque, ciertamente, las posibilidades de negociación y el poder económico de las partes es notoriamente desigual.

⁶³⁷ Uno de los más recientes es el caso *Bodo*, juzgado en el Reino Unido, en el que los habitantes de la comunidad de Bodo, en Nigeria, demandan a la filial nigeriana de Shell –no a la matriz- por los daños sufridos en los recursos naturales y sus medios de vida a consecuencia de un vertido de petróleo. Así, como queda reflejado en el punto 3º de los *Particulars of Claim*: “3.The Claim proceeds on the basis of a material admission and a material submission by the Defendant namely: 3.1.An admission of liability for both spills as confirmed in the Defendant’s

necesaria la comparecencia del demandado en el proceso –sin que el objeto de tal comparecencia fuese presentar declinatoria por la falta de competencia judicial internacional⁶³⁸-. Será válida, por aplicación del art. 26, siempre que el litigio se encuadre en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 –y no se trate de materias sujetas a competencias exclusivas, entre las que no se encuentran los daños ambientales-. En presencia de una parte débil, el juez deberá asegurarse de que aquélla conoce la posibilidad de impugnación y las consecuencias de su comparecencia antes de declararse competente; esto podría ser relevante en aquellas acciones de exención de responsabilidad iniciadas por el demandado a efectos de ubicar el litigio en un Estado cuyo ordenamiento jurídico y sistema de Derecho internacional privado le es más favorable (vid., *supra*, el caso del CLC de 1992).

Si existe sumisión y ésta es válida, entonces el Reglamento se aplica *con independencia del domicilio del demandado*. No obstante, el domicilio del demandado no es irrelevante en el resto de casos⁶³⁹, por lo que todo lo que a continuación se expone presupone que el domicilio del demandado sí se ubica

response to the letter of claim dated 1 July 2011;3.2. A submission to the jurisdiction of the High Court of England & Wales by the Nigerian domiciled Defendant as recorded in its Acknowledgement of Service dated 2 August 2011". Disponible en: <http://platformlondon.org/wp-content/uploads/2012/06/The-Bodo-Community-and-The-Shell-Petroleum-Development-Company-of-Nigeria-Ltd.pdf> [Consulta: 12/5/2014].

⁶³⁸ La comparecencia y su cauce procesal se determinará por la *lex fori*. La posibilidad de que realice, junto con la declinatoria, una defensa sobre el fondo implicará en la mayoría de los casos la negación de la sumisión (vid., STJUE 27 febrero 2014, as. *Cartier parfums*, C-1/13, fd. 37); en España, concretamente, se entenderá que ésta no existe ya que nuestro Derecho procesal no permite plantear una defensa sobre el fondo a la vez que una declinatoria que se plantea como incidente previo de pronunciamiento. Vid., entre otras, SAP Valencia de 30 julio 2008, núm. 496/2008, JUR 2009\4667: "Con respecto a la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda, hemos de señalar que conforme a lo establecido en los arts. 39 y 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el cauce procesal para su alegación en juicio no es otro que el de la interposición de la correspondiente declinatoria en el tiempo y forma pautados en el art. 64 de dicho cuerpo legal, lo que no hizo la parte demandada pese a haber sido hallada y emplazada a través de su representante en el domicilio de Alaquás facilitado por la actora -folio 28-. Por ello, y ante la falta de invocación de algún fuero de naturaleza imperativa que permitiera analizar de oficio -ex. art. 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - la falta de competencia, habrá de ser desestimado este motivo de recurso" (F.D. tercero).

⁶³⁹ Según el artículo 6 del Reglamento, "si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25".

en un Estado de la UE en el que el Reglamento sea aplicable. De lo contrario recurriremos a las normas de producción internas del Estado en cuestión⁶⁴⁰.

4.2.2. El foro del domicilio del demandado y los grupos de sociedades. Aplicación y fundamento.

Ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, el foro del domicilio del demandado está también disponible para los demandantes, como foro de aplicación general, que será competente para conocer de todas las reclamaciones por los daños, con independencia de que existan distintos lugares de manifestación de los mismos⁶⁴¹, por ser especialmente previsible y por presentar una conexión “territorial” con el Estado⁶⁴². Así, siempre que el demandado se encuentre domiciliado en algún Estado miembro de la UE, en los que se aplica el Reglamento, el tribunal ante el que se haya presentado la demanda deberá reconocer su competencia judicial internacional, con independencia de la nacionalidad o del lugar del daño, lo cual abre la puerta a las reclamaciones de responsabilidad por daños extraterritoriales.

A estos efectos es importante determinar qué se entiende por domicilio y en qué momento se determina aquél. Respecto de la primera cuestión, el Reglamento contiene una norma específica material para concretar el

⁶⁴⁰ Foro que también recogen el artículo 2 del Convenio de Lugano de 2007 y el artículo 22.2. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Considerando 15^a del Reglamento 1215/2012, lo justifica de la siguiente manera: “Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”. Vid. *infra*. En este caso, los tribunales del domicilio del demandado serán competentes para conocer de la totalidad del ilícito, incluyendo todas las reclamaciones por daños sufridos en todo el mundo por la víctima (vid. STJCE 7 marzo 1995, as. *Fiona Shevill*, C-68/93, fd. 25, 26).

⁶⁴¹ Sobre esto, vid., STJCE as. *Shevill*, fd. 33. Recuérdese, no obstante, que según parte de la doctrina se trata de un foro de competencia judicial internacional, no de competencia territorial, por lo que para determinar el concreto tribunal competente habría que estar a las normas procesales del Estado del foro.

⁶⁴² Vid., Considerando nº13 Reglamento 1215/2012. Debe existir una conexión entre los procedimientos a los que se aplique el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros. Por consiguiente, las normas comunes sobre competencia judicial deben aplicarse, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro.

significado de domiciliación de una *persona jurídica* (art. 63) a fin de evitar conflictos de calificación –y por tanto de jurisdicción-, los cuales serían frecuentes en los supuestos de matrices y filiales involucradas con sedes en distintos países y por tanto sujetas a distintos ordenamientos. Según dicha norma, una persona jurídica está domiciliada indistintamente en el Estado en que se encuentre su *sede estatutaria*, en que se desarrolle su *actividad central*, o en que se halle su *centro de actividad principal*⁶⁴³. Respecto de la segunda cuestión, según la doctrina, el *momentum* al que ha de estarse para verificar el domicilio o la sede del demandado en un determinado Estado es el de la presentación de la demanda de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza⁶⁴⁴.

En nuestro caso de estudio principal, en el que la matriz de un grupo societario sí está domiciliada en un Estado miembro de la UE y la filial no, cabría preguntarse si el foro del domicilio del demandado podría servir para demandar conjuntamente a ambas empresas justificándolo con el levantamiento del velo societario. Algunos autores son de la opinión de que no se podrá utilizar el artículo 4 para demandar a la filial ante un tribunal europeo del Estado miembro en el que se halle domiciliada la matriz, junto con ésta⁶⁴⁵,

⁶⁴³ Para los países anglosajones, la sede estatutaria deberá entenderse como *registered office*. Si ésta no existe, se equipará al *place of incorporation* o, en su defecto, al lugar cuyo Derecho haya informado su creación (ex art. 63.2). En cambio, los criterios para determinar el domicilio del demandado –persona física- remiten a la normativa interna (vid. artículo 62.1 del Reglamento), al igual que ocurría con el Convenio de Bruselas para las personas jurídicas. Por tanto, el domicilio de las personas físicas se equipara a la residencia habitual a efectos civiles en el Derecho español, según el artículo 40 del Código Civil. Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (marzo de 2010), pp. 186-202, pp. 189 y ss. y la bibliografía allí citada.

⁶⁴⁴ Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “La responsabilidad...”, op.cit., p. 340; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal...*, pp. 126 y 128. No conviene perder de vista la posibilidad de utilización fraudulenta de esta concreción del *momentum* por parte de los grupos societarios, que podrían cambiar de domicilio a su matriz para evitar una jurisdicción que podría serle más perjudicial y evitar así su responsabilidad.

⁶⁴⁵ Así parece deducirse del AAP La Rioja 14 julio 2011 [JUR 2011\318006]. Vid., A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 661, que citan también la SAP Madrid 27 junio 2003 en este sentido, aunque en nuestra opinión de su lectura no puede deducirse que el artículo 4 no pueda servir para considerar la competencia si, levantándose el velo –como cuestión previa-, resulta que las filiales de una matriz europea eran controladas por ésta y presentan unidad de dirección económica y dependencia. Vid., SAP Madrid 27 junio 2003 [JUR 2003\248576].

ya que los demandados son distintos –aunque sea formalmente- y no puede operar con dicho precepto el levantamiento del velo, aunque no existe una opinión inequívoca al respecto⁶⁴⁶.

No obstante, los litigios de los que nos ocupamos despiertan una reflexión sobre los fundamentos tradicionalmente alegados en defensa del foro del demandado y su posible extrapolación a estos supuestos de daños transnacionales causados por grupos de sociedades cuyas matrices están domiciliadas en algún Estado miembro de la UE, tanto aquéllos del ámbito público, como privado. Veamos los más destacados⁶⁴⁷:

❖ El demandado se beneficia de los *servicios* de dicho Estado, por lo que debe quedar sujeto a su *poder jurisdiccional*.

Aplicación a nuestro supuesto: Tiene bastante sentido como argumento, sobre todo si pensamos en términos económicos y de mercado, los cuales actualmente son más significativos que los territoriales. Esto es, si una matriz europea, domiciliada por ejemplo en Los Países Bajos, se está beneficiando de su régimen fiscal, de la seguridad jurídica ofrecida y de los demás servicios y ventajas que a su existencia empresarial aporta tal domiciliación, es lógico pensar que deba asumir también las consecuencias punitivas y que esté sujeta a los *deberes* que tal ordenamiento impone, de tal manera que no se permitan situaciones en las que sistemáticamente se aprovechen las ventajas o derechos de un ordenamiento favorable y se exporten los riesgos, los daños y las externalidades negativas, en definitiva, de un negocio, “sacando la basura” a países con menores

⁶⁴⁶ En sentido favorable al levantamiento del velo, vid. C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “International litigation trends in environmental liability: a European Union–United States comparative perspective”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, núm. 3, 2011, pp. 551-581, p. 559; IBÍDEM, “El Derecho internacional privado de la UE...”, op.cit., pp. 13 y 14.

⁶⁴⁷ Todos ellos presentados en: A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. I, op.cit., pp. 247 y ss. y bibliografía allí citada; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal...*, op.cit., pp. 122 y ss.

niveles de protección, tanto de las personas como del medio ambiente.

Esta lógica de los deberes asociados a los derechos parece mucho más justa materialmente y eficiente desde el punto de vista del balance coste-beneficio global –esto es, no sólo teniendo en cuenta el balance privado de la empresa sino también el social, medioambiental y asumido por los ciudadanos-. Pero este argumento no invalida la idea de que la soberanía de un Estado no se ve dañada porque alguno de sus domiciliados sean llamados a comparecer ante tribunales de otro Estado siempre que el foro sea razonable, ya que no se trata de resolver un conflicto entre jurisdicciones soberanas, sino uno entre particulares, determinando qué tribunales pueden conocer a un menor coste para aquéllos (vid., sobre los costes, argumentos a continuación).

❖ Al desarrollarse el litigio en el domicilio del demandado se consigue un proceso más económico y sencillo gracias a una mejor sustanciación de las pruebas.

Aplicación a nuestro supuesto: Este argumento no parece cumplirse en estos supuestos, siendo la consideración del coste discutible. En primer lugar, cuando, como en supuestos como el nuestro, el daño se ha verificado en un tercer Estado, distinto a aquél en el que se domicilia la matriz, podemos hablar de dos tipos de pruebas: las del daño, que aportará el demandante y que generalmente tendrá su domicilio en el lugar del daño, no siendo difícil su obtención⁶⁴⁸. A este

⁶⁴⁸ Piénsese en que, en la actualidad, las nuevas tecnologías de la comunicación e información reducen muy considerablemente el coste de hacer llegar pruebas a tribunal que conoce del asunto. Entre otros medios, con el uso de videoconferencias (para los testigos y/o las partes), internet (envío de imágenes, vídeos, formularios...), discos duros, nubes (privadas, públicas o híbridas), el uso de sistemas telemáticos para la presentación de escritos en el proceso (*Lexnet*), etc. Vid., al respecto, M. DE HOYOS SANCHO, “Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías”, *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 2, 2003, pp. 1562-1570; S. AMRANI-MEKKI, “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil”, en: F. CARPI Y M. ORTELLS RAMOS, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universitat de València, 2008, pp. 135 y ss. Ponencia

respecto, sí incrementaría el coste del litigio aquellas pruebas periciales encargadas por el juez de ser necesarias, algo que podría ser frecuente ante la esperable diferencia entre los informes periciales de las partes.

Por otra parte, tenemos las pruebas acerca de la causalidad y responsabilidad de las sociedades; en este sentido, la mayoría de las pruebas relevantes estarán en posesión de la empresa y, a falta de otras normas en relación a la carga de la prueba (vid., cap. I), el coste de aquéllas será el mismo para los demandantes con independencia de dónde se desarrolle el litigio, mientras que, desde el punto de vista del juez y de la posible petición de documentos, el domicilio del demandado no parece un lugar desfavorable, en relación al lugar del daño, ni en coste ni en facilidad probatoria. Hasta aquí el análisis en relación exclusiva al coste.

Ahora bien, la eficiencia no debe medirse sólo medirse en relación al coste (= desembolso), sino al coste-beneficio; esto es, al balance general del resultado esperado y obtenido en un litigio y a cómo éste se reparte (quién afronta qué parte del coste y quién qué parte del beneficio)⁶⁴⁹. En este sentido, el principal motivo por el que las víctimas en estos casos preferirán acudir al foro del domicilio del demandado en la UE vs. el tribunal del lugar del daño en su país⁶⁵⁰,

disponible en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/6tecme.pdf> [Consulta: 2/5/2015]; V. CREMADES GARCÍA Y L.L. ALACID BAÑO, "Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, vol. I, nº 2, marzo 2007, pp. 46-58.

⁶⁴⁹ Así, encontramos que el razonamiento respecto de los costes que realiza la mayor parte de la doctrina es defendible *ceteris paribus*, pero deja de reflejar criterios de eficiencia económica cuando el factor del *resultado esperado* entra en el análisis, no teniendo por qué ser el mismo en todos los casos, como parece lógico deducir en atención a la evidencia.

⁶⁵⁰ Otro caso reciente en el que ocurre esto es el de *Boliden-Chile*, en el que setecientas víctimas de una comunidad de Arica (Chile) han demandado en Suecia, ante el tribunal de primera instancia de Skelleftea, a la sociedad Boliden Mineral AB, allí domiciliada, por los daños sufridos a consecuencia de los desechos tóxicos que exportó a la comunidad mediante la actuación de una filial, Boliden Metall AB –fusionada después con Boliden Mineral AB, 100% propiedad de Boliden AB-. Aun habiéndose verificado los daños en Chile y aun siendo todas las víctimas chilenas, se recurre al foro del domicilio del demandado en vez de demandar en Chile,

es que, como electores racionales que son, el balance coste-beneficio esperado les es favorable. Asumen el coste de la internacionalidad porque esperan obtener una compensación mejor en cantidad y en calidad. Si, supongamos, el resultado de litigar en el lugar del daño es que la compensación es mucho menor para las víctimas –o inexistente- y que la reparación ambiental no se ejecuta y que la sociedad filial, aunque los costes periciales hayan sido menores, no tiene patrimonio suficiente para responder, el resultado es que la eficiencia en atención al coste global es menor.

Si no se tiene únicamente en cuenta el coste para la administración pública de justicia que conoce del caso, sino que se valora, también, el coste de los particulares que litigan (sin olvidar el coste de la filial que también debe personarse en el país de la matriz si existe un foro apropiado, como ocurrió en el caso *Akpan vs. Shell*) junto con el coste, en caso de que no exista reparación, del Estado –léanse, ciudadanos- extranjero que debe hacer frente a los daños ambientales o de todos las personas que, indirecta y diferidamente, los sufriremos, aunque su valoración económica sea imposible-, junto con el coste ya sufrido por las víctimas...y, por otra parte, el beneficio

algo que lógicamente responde a las expectativas de reparación por parte de los demandantes. Demanda facilitada por cortesía del letrado J. ÖBERG del despacho Carat Advokatbyrå, de Estocolmo, que defiende a los perjudicados. Vid., sobre el caso: A. M. PAGE, “CSR's Moral Dynamics: Mining Giant Boliden Aims for Vindication, Continues Fight Against Chilean Community”, *Corporate Social Responsibility Newswire*, 1/5/2014, disponible en: <http://www.csrwire.com/blog/posts/1327-csr-s-moral-dynamics-mining-giant-boliden-aims-for-vindication-continues-fight-against-chilean-community> [Consulta: 5/5/2015]; ENVIRONMENTAL DEFENDER LAW CENTER, “Residuos mineros de Suecia envenenan a niños chilenos”. Disponible en: <http://www.edlc.org/es/cases/corporate-accountability/mining-waste-from-sweden-poisons-chilean-children/> [Consulta 10/11/2013]; BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER: “Boliden”, disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Individualcompanies/B/Boliden> [Consulta 10/11/013]; “Presentan una demanda en Suecia contra Boliden por residuos tóxicos en Chile”, *Lainformacion.com*, 16/9/2013, disponible en: http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/mineria/presentan-una-demanda-en-suecia-contra-boliden-por-residuos-toxicos-en-chile_ELg3ZWcpBKWguw7Q1Aze16/ [Consulta 10/11/2013]. Documental sueco sobre el caso, “Toxic Playground”, realizado por L. Edman y W. Johansson disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9lQcXplytHU> [Consulta: 5/5/2015].

(esto es, cuánto se invierte en la reversión del daño-coste), tenemos un cómputo diferente.

Si además de esto, analizamos quién carga con el coste mayor, sin duda debiera ser no quien sufre las consecuencias de la contaminación sino quien asumió el riesgo y se benefició de la actividad potencialmente contaminante, para evitar en lo posible externalidades y distorsiones en la racionalidad de las decisiones de inversión y funcionamiento del mercado y, como resultado, un panorama injusto materialmente en el reparto de los costes-beneficios de tales actividades.

Por tanto, no creemos que la eficiencia deba limitarse a los costes, menos aún desde el punto de vista exclusivo de la administración de justicia del país europeo, sino que debería tener en cuenta los costes globales, su reparto, y los beneficios (resultados esperados del litigio) y su reparto. Para que pague quien contamine realmente o, al menos, para que sea esa parte la que cargue con el peor balance coste-beneficio vs. el Estado receptor y vs., especialmente, las víctimas.

❖ Supone también un beneficio para el demandante porque asegura una rápida y eficaz ejecución de la sentencia.

Aplicación a nuestro supuesto: Este argumento ya ha sido discutido por la doctrina en términos generales, y es que tal afirmación está sujeta a que el lugar del domicilio coincida con el lugar en el que el demandado tiene su patrimonio principal⁶⁵¹. Esto es evidente y especialmente importante si lo relacionamos con el momento en el

⁶⁵¹ Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I, op.cit., p. 250. Para estos autores el foro del domicilio del demandado resulta ineficiente cuando el patrimonio del demandado no está en el lugar de su domicilio porque beneficia injustificadamente al demandado sin que la regla actor sequitur responda al deseable principio de proximidad. Ésta y otras reflexiones críticas les llevan a apuntar que la verdadera razón de la pervivencia y preminencia de este foro general es el principio de soberanía, el cual, en el ámbito del litigio internacional privado, no debe ocupar tal papel. Vid., IBÍDEM, p. 251.

que se determina cuál es el domicilio del demandado a efectos de aplicar el Reglamento. Y es que, determinar el domicilio en el momento en el que se ha planteado la demanda, dado el tiempo que puede pasar en estos supuestos desde que se produce el vertido o el daño ambiental hasta que se demanda, podría dar lugar a fraudes en el que la sociedad matriz desplazara su patrimonio a otro país para evitar ser juzgada en dicho foro (algo que será frecuente, como vemos en los casos estudiados), o incluso su domicilio. Para evitarlo, podría establecerse una regla especial en la que, si desde que se tuvo conocimiento del daño ambiental (por ejemplo, día del vertido), la sociedad ha desplazado considerablemente su patrimonio o ha cambiado el domicilio, éste se considerará el del lugar en el que el patrimonio, a fecha de presentación de la demanda, sea mayor, entre el actual y el que tenía en el momento del daño.

En cuanto a la ejecución, caben varios comentarios: por una parte, en el ámbito de los daños ambientales, la facilidad en la ejecución dependerá del interés protegido. En el caso de los daños individuales tradicionales, el hecho de que el litigio pueda desarrollarse en el lugar del domicilio de la matriz generalmente sí facilitará la ejecución siempre que, como será habitual –y con más probabilidad que en el domicilio de la filial- haya patrimonio suficiente, ya que la compensación será pecuniaria.

En el caso de los daños a intereses supraindividuales – esta parte es hipotética porque como tal no se han reconocido aún en la mayoría de ordenamientos jurídicos-, la reparación deberá ser *in natura*, lo cual la hará depender directamente de la voluntad del Estado en cuyo territorio se ha materializado el daño que privó a los particulares, de acuerdo al Derecho aplicable al fondo, de su derecho de disfrute de un medio ambiente saludable. Ahora bien, no hay por qué pensar que la voluntad de tal Estado fuera distinta en el caso de que el litigio se desarrollara en su territorio, de tal manera que si existe algún conflicto de interés, tenderá a dificultarse (todo; desde el proceso hasta la

ejecución). Si no existe tal conflicto, no sería lógico el establecimiento de ninguna traba a la ejecución, sino todo lo contrario, ya que una obligación de reparación e indemnización más exigente reduciría el coste para el Estado en el que se verificó el daño.

Por último, los daños ecológicos seguirán la misma lógica, aunque siempre será más seguro, en ambos casos, contar con la posibilidad de controlar el patrimonio de la empresa para asegurar la reparación *in natura*, sin que fuera necesario que aquélla gestionara las tareas de reparación pero sí que asumiera su coste en cualquier caso. Por todo ello, en el marco de este tipo de litigios en los que el daño ocurre en un país en vías de desarrollo y se ven involucrados grupos societarios, lo más frecuente será que la empresa matriz, domiciliada en un tercer Estado, sea más solvente y por tanto el foro del domicilio del demandado, más eficiente, siempre que las facilidades probatorias para las víctimas, tal y como vimos en el capítulo I, no hagan imposible la acreditación del nexo causal y de la legitimación material pasiva de la matriz. En cualquier caso, siempre podrán optar los demandantes, de considerarlo más beneficioso, por el foro del lugar de verificación del daño, comúnmente acogido en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado.

❖ Al ser el demandante el que debe litigar en el extranjero y asumir los costes de la internacionalidad, sólo lo hará cuando tenga sólidos motivos para pensar que su demanda está fundada.

Aplicación a nuestro supuesto: Este argumento es plenamente aplicable al supuesto. De hecho, creemos que se da con plena fuerza en la realidad, en la que los demandantes, con escasos recursos en la mayoría de los casos y generalmente apoyados por alguna ONG, escogerán concentrar sus esfuerzos ante el tribunal en el que el resultado esperado vs. los costes afrontados sea el mejor para sus intereses. No parece probable que inicien una demanda en un tercer Estado que sea infundada o fraudulenta. Desde el punto de vista

económico, parece justo y eficiente, porque además el demandado (matriz) litigará en "casa" si los demandantes eligen ese foro⁶⁵².

❖ Favorece la concentración de todas las reclamaciones ante un único tribunal, algo que puede resultar muy conveniente en caso de daños plurilocalizados con reclamaciones que se dirigen al mismo demandado.

Aplicación a nuestro supuesto: Igualmente, este argumento consideramos que puede verificarse en nuestro supuesto de estudio, sobre todo porque el hecho de poder demandar a la matriz, cuyo patrimonio será generalmente más solvente y, por tanto, las expectativas de reparación serán mayores, será un aliciente compartido por las víctimas de los distintos Estados afectados –en caso de daños plurilocalizados- para demandar ante el mismo tribunal.

En caso de daños transnacionales no plurilocalizados, igualmente consideramos válido tal argumento. Ahora bien, el mismo efecto puede tener en este caso el que sólo sea posible demandar ante los tribunales del lugar de verificación del daño (si bien no lo consideramos apropiado porque, como ya argumentamos, en muchos casos puede suponer una denegación de la tutela judicial efectiva).

❖ Beneficia al demandado, al permitirle la defensa “en casa” y el desplazamiento de los costes del litigio internacional al demandante. Pero a éste le beneficia en que elige cuándo demandar, repartiendo las cargas entre las partes equitativamente.

Aplicación a nuestro supuesto: Si bien este argumento puede ser verdad ante dos partes procesales que, de partida, se encuentren en igualdad –de recursos, poder, etc.-, no lo es en absoluto en nuestro

⁶⁵² En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea en las Recomendaciones para recursos colectivos, defendiendo el “*loser pays principle*”. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *op.cit.*, p.16.

supuesto de estudio. De hecho, de nuevo habrá que valorar los costes del litigio en atención, también, al beneficio esperado. A la vista de las constantes estrategias dilatorias y las frecuentes declinatorias presentadas por las sociedades matrices en los casos que se han intentado juzgar ante los tribunales del domicilio de la matriz –tanto en países de la UE como en los EE.UU-, cabe pensar que no es un foro interesante para las sociedades, prefiriendo éstas, generalmente, los del lugar del daño.

Esto hace pensar que su balance de costes no coincide con el que el legislador atribuye al foro del domicilio del demandado, por todos los motivos que, a lo largo del capítulo, se exponen (desde la posible corrupción en el lugar del daño hasta la visibilidad del caso y daño a la imagen de marca en el lugar del domicilio de la matriz, pasando por la aplicación de ciertos regímenes procesales, por la tendencia de los jueces a reconocer la responsabilidad de la sociedad matriz o por la ley aplicable que resulte señalada en atención al sistema de Derecho internacional privado del Estado del foro, etc.)

Y esto es así, creemos, no porque el coste de internacionalidad lo soporte el demandante –que lo hace- sino porque, además de que uno de los demandados, o varios –las filiales domiciliadas en terceros Estados donde se manifestó el daño-, también tendrán que soportar tal coste, repercutiendo en el balance de costes del grupo, sino también porque entra en el análisis, como apuntábamos, el resultado esperado del litigio que, aparentemente, será más perjudicial para la sociedad si el litigio se desarrolla en el domicilio de la sociedad matriz (aunque dependerá del lugar del daño).

En todo caso, en nuestra opinión, garantizar la ecuanimidad entre partes tan desiguales haría necesario un trato desigual que, en este caso, pasa por favorecer a la parte débil y lograr hacer comparecer a la sociedad filial implicada y a la sociedad matriz -en calidad de

corresponsable o de garante, según los casos- ante el mismo tribunal, a *elección por parte de la parte débil* de entre los “suficientemente relacionados con el objeto de litigio” en atención a su balance coste-beneficio que, generalmente, coincidirá con el mejor coste-beneficio social y medioambiental vs. el de la empresa contaminante⁶⁵³.

Ahora bien, esto será así siempre que se permita demandar a ambas sociedades o que, en virtud de una regulación de la responsabilidad de la matriz por actos de la filial –sea de garante de la obligación o de corresponsable- pueda fácilmente no sólo emplearse este foro –junto con uno de litisconsorcio o aisladamente- sino acreditarse la legitimación pasiva y el nexo causal sin que la prueba se convierta en un obstáculo prácticamente insalvable para los demandantes, como ya vimos.

Además de estas reflexiones y fundamentos del foro del domicilio del demandado, consideramos que, el hecho de que los tribunales del domicilio de la matriz de un grupo societario transnacional que se ve involucrado en daños graves extraterritoriales, conozca del caso, tiene otras ventajas asociadas:

- La mayor visibilidad y efecto disuasorio por la mayor conciencia de las sociedades de países desarrollados ante este tipo de acontecimientos y prácticas empresariales. La mayor visibilidad generalmente provoca reacciones de las empresas, movidas por el marketing y la imagen social, más favorables a los acuerdos y a la reparación.
- La coherencia y consistencia del ordenamiento jurídico de la UE y, en especial, de sus esfuerzos por garantizar la correcta actuación

⁶⁵³ Esta idea está directamente relacionada con el foro por conexidad procesal o litisconsorcio del art. 8.1 del Reglamento sobre el que volveremos más adelante, así como con la regulación sustantiva y procesal – carga de la prueba- de la responsabilidad de la matriz por los actos de sus filiales (vid. capítulo I, pp.).

extraterritorial de las empresas con domicilio en algún Estado de la UE –y sus grupos-, al poder ser juzgadas por sus propios tribunales como *juzgadores* del grado de cumplimiento de los *deberes* –no sólo derechos- que aquéllas deben respetar, aun actuando extraterritorialmente, sobre todo en materia de derechos humanos y medio ambiente (vid. supra, capítulo I). Porque si el beneficio tributa en el país de la UE y repercute en nuestro mercado –con las ventajas que eso tiene para Estados y sociedades- no es justificable que el riesgo lo asuman otros y que la perspectiva del deber –en relación a unos estándares mínimos, cuanto menos- quede al margen de su regulación y ejecución, sistemáticamente y sobre todo en caso de graves daños y abusos que muestran claramente los canales de exportación del riesgo y de la contaminación⁶⁵⁴.

4.2.3. Foro alternativo especial del artículo 7.2⁶⁵⁵.

Alternativamente⁶⁵⁶, podrá recurrirse a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tiene su domicilio o sede el demandado (artículo 4) en el momento de presentación de la demanda o los tribunales del Estado en cuyo territorio *se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso* (artículo 7.2), foro especial en materia delictual o cuasidelictual⁶⁵⁷:

⁶⁵⁴ De la misma opinión, entre otros, J. CLAPP, “Global environmental governance for corporate responsibility and accountability”, *Global Environmental Politics*, Vol. 5, nº 3, 2005, pp. 23-34; citada también en P. MOSCOSO RESTOVIC, Competencia..., op.cit., p. 323, que comparte la postura.

⁶⁵⁵ Recordamos que la nueva numeración en el Reglamento 1215/2012 no altera el contenido, idéntico, del foro establecido en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, al que hace referencia la mayoría de la bibliografía citada. Vid., en particular, sobre el contenido de dicho artículo y sus implicaciones, P. MANKOWSKI, op.cit., pp. 229-273.

⁶⁵⁶ Esta posibilidad queda justificada en el Considerando nº 16 del Reglamento: “El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. Este aspecto reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales (...)”.

⁶⁵⁷ Esta materia de “delitos o cuasidelitos” ha sido definida de manera autónoma por el TJCE. En la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *as. Kalfelis/Schröder*, 189/87, se determina que comprende “toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no

“Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: (...)”

2. En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse⁶⁵⁸ el hecho dañoso”.

Este foro se fundamenta por tanto en una conexión particularmente estrecha⁶⁵⁹ entre el fondo del litigio y otro Estado cuyos órganos judiciales podrían sustanciar mejor el caso y administrar la justicia de una manera más eficaz que los del Estado del domicilio del demandado⁶⁶⁰, de manera que los costes de litigación internacional sean lo más reducidos posible para las partes y que la previsibilidad del foro sea razonable para ambos. Es por tanto un foro neutro; tanto demandante como demandado pueden hacer uso de él ante tribunales de los Estados miembros señalados por la norma como competentes⁶⁶¹.

esté relacionada con la “materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5”. (Fundamentos 17 y 18).

⁶⁵⁸ Se abarcan con esta redacción no solo los casos en los que se ha producido efectivamente un hecho dañoso sino también aquéllos en los que pueda producirse en atención a las circunstancias, de manera que el demandante en acciones preventivas también podrá ejercitar el derecho de opción del 7.2 que ha desarrollado la jurisprudencia.

⁶⁵⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La responsabilidad...”, op.cit., pp. 336-337. Así lo fundamenta el Reglamento 1215/2012 en el Considerando 16º: “El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente”.

⁶⁶⁰ N. GOÑI URQUIZA, “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1 (marzo de 2011), pp. 290-295, p. 293. La justificación del foro especial es del TJCE, de la sentencia en el asunto *Zuid-Chemie BV*, cit. *infra*, según la cual esta “regla especial de competencia tiene su fundamento en el principio de proximidad razonable ya que se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso”.

⁶⁶¹ STJCE 11 enero 1990, as. *Société Dumez France et Société Oth Infrastructure c. Société Hessiche Landesbank et autres*, C-220/88. Respecto a la previsibilidad: STJCE 27 octubre 1998, as. *Réunion européenne y otros*, C-51/97, fd. 27, 36.

No sirve sólo para determinar los tribunales competentes en caso de acciones de resarcimiento derivadas de un daño, sino también para las acciones de cesación, las acciones legales preventivas para evitar daños aún no verificados, las acciones de ejercicio de derechos de réplica o contestación y de rectificación y las acciones colectivas de inhibición. Para la utilización de este foro es irrelevante que el bien jurídico protegido o el derecho presuntamente vulnerado estén o no admitidos como tales en la *lex fori*⁶⁶². Tampoco exige probar el daño con anterioridad o en el momento de la demanda, ya que ésa es cuestión de fondo y bastará con alegar indicios, un "principio de prueba"⁶⁶³, que serán valorados por el tribunal según la *lex fori* (en España, ex art. 3 LEC).

No es solo un foro de competencia judicial internacional sino también de competencia territorial, si bien no siempre es posible determinar el órgano jurisdiccional concreto, en cuyo caso se recurre a las normas procesales del Estado miembro en cuestión⁶⁶⁴. En principio, si el daño se hubiera causado fuera de las aguas territoriales o del espacio aéreo de un Estado, a bordo de nave o aeronave, el daño se entiende generado en el país del pabellón de la nave o aeronave⁶⁶⁵. En segundo lugar, las instalaciones fijas o flotantes en la plataforma continental se entienden parte de ésta, adyacente a un Estado y, por tanto, todo daño causado en ellas se entiende causado en ese mismo Estado⁶⁶⁶.

Por último, de haberse causado el daño en lugar no sometido a soberanía estatal (por ejemplo, alta mar), no podemos aplicar el criterio de competencia

⁶⁶² Según A. RODRÍGUEZ BENOT, esta regla ampararía asimismo la presentación de una demanda en caso de acciones colectivas o *class actions*. Vid., "La responsabilidad...", op.cit., p. 335; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho internacional privado, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 101. Sobre las *class actions* y su posible implantación en España, vid., capítulo III.

⁶⁶³ Vid., A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1128.

⁶⁶⁴ Tal puede ser el caso de ilícitos verificados a bordo de buques o aeronaves.

⁶⁶⁵ Vid. STJCE 5 febrero 2004, as. *Torline*, fd. 44.

⁶⁶⁶ Vid. STJCE 27 febrero 2002, as. *Weber*, C-37/00.

del referido artículo 7.2. por no existir vínculo alguno entre el lugar del daño y la soberanía de algún Estado⁶⁶⁷.

Habría que recurrir a otros foros, por ejemplo, al del art. 4⁶⁶⁸, siempre que sea posible su uso, por ejemplo, en caso de poder determinar –y acudir- a los tribunales del pabellón del buque o aeronave demandado, si el daño se causó o manifestó a bordo de los mismos. Solución ésta que nos parece razonable, ya que siempre existirá alguna conexión con algún Estado que evite la denegación absoluta de la justicia para las presuntas víctimas y la inmunidad para los presuntos responsables del daño.

Esta cuestión cobra especial relevancia en caso de daños ecológicos puros a recursos en zonas libres de soberanía, por ejemplo, alta mar. La creciente utilización privada de dichos recursos hace necesaria, en nuestra opinión, una regulación de los mismos, en la que debería incluirse la gestión, por algún fondo internacional⁶⁶⁹, de las indemnizaciones que posibles responsables de daños desembolsaran como consecuencia de daños al medio ambiente en recursos cuya afectación se extiende a todas las personas del planeta, en mayor o menor medida, directa o indirectamente.

4.2.3.1. Desarrollo jurisprudencial del foro del artículo 7.2 y su paulatina configuración.

4.2.3.1.1. La concreción del lugar del daño y la valoración del derecho de *optio fori*. La regla de la ubicuidad ante los daños plurilocalizados y los ilícitos a distancia.

⁶⁶⁷ G. PALAO MORENO, precisa que si el daño producido en un territorio libre de soberanía estatal se manifiesta en el territorio de un Estado, entonces sus tribunales deberían declararse competentes. Vid., La responsabilidad..., op.cit., p.82.

⁶⁶⁸ Lo propone, respecto del anterior art. 2 (de idéntico contenido), A. CRESPO HERNÁNDEZ, citada por: G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., p.82.

⁶⁶⁹ Siguiendo el modelo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de Montegobay (Jamaica), de 1982 (ratificación por España en el BOE nº 39, de 14 de febrero de 1997), pero no en relación exclusiva a los recursos minerales.

En principio, si el daño no está plurilocalizado o, estándolo, todos se circunscriben a los límites territoriales de un único Estado, no será difícil determinar la competencia judicial internacional⁶⁷⁰; esto ocurre cuando se producen los daños en el Estado A y se manifiestan en ese mismo Estado los perjuicios, en uno o varios lugares del territorio estatal. Sin embargo, cuando el lugar del hecho generador y el de manifestación del daño no coinciden en el mismo Estado, encontrándose disociados espacialmente –“ilícitos a distancia”–, la cuestión se complica, ya que la determinación de la competencia dependerá de cómo se interprete la conexión con “el lugar del hecho dañoso”. Así, dada la ambigua redacción del artículo 7.2, éste ha tenido que ser objeto de desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁶⁷¹ en numerosas sentencias.

1. La primera fue la correspondiente al asunto *Mines de Potasse*⁶⁷². El TJCE determinó que por “lugar del hecho dañoso” se entiende tanto el territorio del Estado miembro en el que ha ocurrido el "hecho causal" como el del Estado miembro en el que se verifica el "resultado lesivo"⁶⁷³, ya que según el tribunal, “tanto el lugar del hecho causante como el lugar en el que se materializa el

⁶⁷⁰ Otra cosa será la competencia territorial en caso de litigios por daños plurilocalizados en un mismo Estado. En España, vid. LEC., Capítulo II, especialmente, arts. 51, 52 y 53. A falta de un foro específico para acciones de responsabilidad civil por daños ambientales, regiría el foro general del 51 para personas jurídicas, esto es, en el lugar de su domicilio o donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. En caso de pluralidad de demandados rige el artículo 53: “Competencia territorial en caso de acumulación de acciones y en caso de pluralidad de demandados: 1. Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente. 2. Cuando hubiere varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante”.

⁶⁷¹ Hasta la adopción del Reglamento 44/2001, el artículo 5.3. interpretado pertenecía al texto del Convenio de Bruselas de 1968, idéntico en este punto, por tanto la jurisprudencia es válida analizando la norma que actualmente está en vigor y se aplica como parte del Derecho de la UE, al igual que ocurre con la jurisprudencia del artículo 5.3 en relación a la del 7.2 del Reglamento 1215/2012.

⁶⁷² STJCE 30 noviembre 1976, as. *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. y Fundación Aguas del Rhin c. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, 21/76. Este caso ha sido estudiado y citado ampliamente por la doctrina.

⁶⁷³ Vid. Fundamentos 19, 24 y 25.

daño, pueden constituir, según los casos, una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial⁶⁷⁴, por lo que ambos pueden ser competentes (*tesis de la ubicuidad*⁶⁷⁵).

Esta interpretación⁶⁷⁶ impide que se excluya “una conexión apropiada” con la competencia de un tribunal próximo a la causa del daño, lo cual se produciría si únicamente se contempla la competencia de los tribunales del lugar en el que se materializó el daño, en aquellos casos en los que el lugar del hecho causante no coincida con el domicilio del demandante. No obstante, estamos de acuerdo con C. VON BAR, cuando afirma que, por mucho que se haga referencia a la “proximidad”, el demandante puede elegir entre ambos lugares y sin duda su decisión puede estar basada en otros criterios que no son la proximidad entre el tribunal y los hechos, sino la conveniencia de que se aplique una determinada ley, la preocupación del Estado en cuestión por las cuestiones medioambientales o las ventajas procesales⁶⁷⁷.

Sin embargo, hay que señalar el efecto *útil* de este foro, ya que permite que otros tribunales diferentes a los fijados por el hoy art. 4 del Reglamento puedan ser competentes⁶⁷⁸, siempre con el límite de la previsibilidad del foro

⁶⁷⁴ Fundamento 15.

⁶⁷⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho..., op.cit., p. 610. Es decir, se habla de ubicuidad en materia de competencia en obligaciones extracontractuales cuando se reconoce al demandante el derecho de elegir entre el foro del lugar en el que se manifiesta el daño y el foro del lugar en el que se originó, obviamente si ambos lugares no coinciden, derecho ya explicitado en la sentencia comentada supra. del asunto *Mines de Potasse d'Alsace* y confirmada en posteriores sentencias (entre otras: STJCE 5 febrero 2004, as. *Torline*, C-18/02; STJCE 10 de junio 2004, as. *Kronhofer*, C-168/02; STJUE 16 julio 2009, as. *Zuid-Chemie BV*, C-189/09, etc.). Ambos foros se reconocen idóneos y útiles en cuanto a la economía del proceso y la práctica de la prueba. Vid., Conclusiones del abogado general L.A. GEELHOED, de 31 de enero de 2002, en el asunto *Tacconi*, C-334/00, punto 44: “ (...) Cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar indicaciones útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso (...)”. Sobre las distintas concepciones doctrinales, vid., M. CARLÓN RUIZ, Competencia territorial y responsabilidad extracontractual, Cedecs Derecho, Barcelona, 1995, pp. 118-139.

⁶⁷⁶ Reiterada interpretación en STJCE de 5 de febrero de 2004, as. *Torline*, C-18/02 y STJCE de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/09.

⁶⁷⁷ C. VON BAR, “Environmental Damage in Private International Law”, *Recueils de Cours*, 1997, pp. 295-411, especialmente, p. 341.

⁶⁷⁸ STJCE *Zuid-Chemie*, op.cit., fundamento 30 y, *contrario sensu*, STJCE *Mines de Potasse d'Alsace*, op.cit., en el fundamento 20: “...elegir únicamente el lugar del hecho causante

para las partes⁶⁷⁹.

2. Ahora bien, tras la sentencia de *Mines de Potasse*, seguía quedando una cuestión clave sin resolver: qué ocurre si los daños se verifican en más de un Estado; es decir, si los daños son plurilocalizados⁶⁸⁰. Fue en el asunto *Shevill* (STJCE, 1995⁶⁸¹) en el que el tribunal se pronunció al respecto indicando que los tribunales de cada Estado del lugar de materialización del daño son también competentes, pero sólo pueden conocer de los daños materializados en su propio territorio (*tesis del mosaico*⁶⁸²), y que el único tribunal que puede conocer de demandas de indemnización por la totalidad del daño es el lugar del hecho causal o acto generador, que era el "lugar del establecimiento del demandado", y por tanto, sus tribunales podrán conocer de la totalidad del ilícito, incluyendo las reclamaciones por daños sufridos en cualquier parte del mundo. Esta interpretación jurisprudencial ha cristalizado en norma positiva en el Derecho belga, en el art. 96.2º de su Código de Derecho internacional privado, de 14 de julio de 2004.

llevaría, en un apreciable número de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el artículo 2 y el número 3 del artículo 5, de modo que esta disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil."

⁶⁷⁹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, Derecho procesal..., op.cit., p. 187. Vid., también, STJCE 11 enero 1990, as. *Dumez*, STJCE 19 septiembre 1995, as. *Marinari vs. Lloyd's Bank et al*, C-364/93. El tribunal del daño será competente siempre que dicho lugar sea "previsible" para las partes implicadas.

⁶⁸⁰ Vid., P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Art. 5" en: A.L. CALVO CARAVACA, Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 119-130.

⁶⁸¹ STJCE de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill*. El caso comenzó con la demanda planteada por una ciudadana inglesa contra una editorial francesa que gestionaba una publicación, "France Soir", comercializado en varios países de Europa, en la que, según los demandantes, se insinuaba que la Sra. Shevill y otros formaban parte de una red de narcotráfico, siendo por ello difamatoria. Vid., M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, op.cit., p.103.

⁶⁸² Vid. STJUE en el asunto *Melzer*, de 16 de mayo de 2013, C-228/11, y varias opiniones doctrinales: Vid., P. BOUREL, "Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé", *Recueil des Cours*, vol. II, 1989, pp. 251-398; T. BALLARINO, "Le Droit International Privé de l'Environnement – Questions de Procédure Civile e de Loi Applicable dans les États de L'Europe Occidentale", en: AAVV, Internationales Umwelthaftungsrecht I, Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationales Umwelthaftungsrecht, Colonia, 1995, pp. 111-128.

Si bien esta interpretación puede favorecer al demandante –en términos económicos, por ejemplo- así como la administración de justicia y la determinación de la jurisdicción en casos en los que no sea sencilla la delimitación territorial o se vean involucrados espacios no sujetos a ninguna soberanía estatal en la generación del daño⁶⁸³, no hay que olvidar que para demandar en el lugar del “hecho generador”, se exige que ese hecho sea el que causó directamente el perjuicio⁶⁸⁴. Esto, en los temas de daños ambientales causados por grupos de sociedades verificados en un país diferente al de domicilio de la matriz puede ser verdaderamente difícil de demostrar, sobre todo dadas las dificultades para acceder a la información del grupo societario y, en consecuencia, para probar la relación de control que acreditaría que la decisión –o el acto negligente- que causó el daño fue tomado en el país de domicilio de la matriz y no en el lugar de verificación del daño, en el que, no pocas veces, la legislación será más laxa y el sistema judicial corrupto o ineficaz, como ya vimos.

Si bien la doctrina mayoritaria comparte la llamada *tesis del mosaico*, a la que da lugar la regla de la ubicuidad con la que se interpreta el foro del art. 7.2., algunos autores disienten⁶⁸⁵ argumentando que contribuye a la imprevisibilidad y a la apertura de nuevos foros⁶⁸⁶, especialmente en casos de daños plurilocalizados, sin que ello parezca tener un efecto positivo, por otra parte, en el cumplimiento de los objetivos de prevención, reducción y control de

⁶⁸³ Cuestión regulada convencionalmente en algunos textos, p. ej., en el Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, op.cit., en su artículo 9.

⁶⁸⁴ Vid. STJCE, as. *Zuid Chemie BV*, op.cit. fd. 13.

⁶⁸⁵ Vid. M. DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 301-302. Asimismo, M.P.MOSCOSO RESTOVIC, “Competencia judicial...”, op.cit., pp. 197 y 203. Para esta autora, cuando un mismo hecho generador provoca daños en distintos Estados, dispares en intensidad, extensión, temporalidad, víctimas, etc., la teoría de la ubicuidad y del mosaico podrían suponer un menoscabo en la certeza y previsibilidad del sistema, no siendo una buena solución. Sí la defiende en cambio para los “eventos simples”, en los que solo se ven involucradas dos jurisdicciones.

⁶⁸⁶ Vid., M. DESANTES REAL, op.cit., pp. 301-302; M. CARLÓN RUIZ, *Competencia...*, OP.CIT., PP. 137-139.

los daños ambientales⁶⁸⁷. Por tanto, argumentan que dado que todos los daños sufridos derivan de un mismo hecho generador, cualquiera de los tribunales de los Estados del resultado debería poder resolver acerca de la indemnización de los daños sufridos en los demás Estados⁶⁸⁸. En esta línea, como veremos más adelante, se pronuncian algunos autores, en especial a propósito de las acciones colectivas⁶⁸⁹.

Con independencia de estas críticas, la doctrina de la ubicuidad es valorada positivamente por la doctrina⁶⁹⁰: es relativamente sencilla de aplicar; cumple con los objetivos del Reglamento de buena administración de justicia, la proximidad entre el ilícito y el tribunal competente queda asegurada con la posibilidad de elección; por último, según algunos autores, favorece a la víctima, ya que pretende situar el coste de la internacionalidad en el demandado, respondiendo esta apertura del foro a los mismos fundamentos – de justicia material, de justicia retributiva y de justicia preventiva⁶⁹¹ – que sirvieron de base al artículo 7 del Reglamento 864/2007, vid. *supra*, en el cual se establece un derecho de opción de la víctima del Derecho aplicable.

⁶⁸⁷ S. C. MCCAFFREY, “Liability for Transfrontier Environmental Harm: The relationship between Public and Private international law” en: C. VON BAR (ed.), *Internationales Umwelthaftungsrecht, Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationalen Umwelthaftungsrechts*, Heymanns, Köln, 1994, pp. 81-104.

⁶⁸⁸ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., vol II, p. 1133.

⁶⁸⁹ Vid., capítulo III,

⁶⁹⁰ Vid., entre otros: M. DESANTES REAL, op.cit., p.307; M.P. MOSCOSO RESTOVIC, “Competencia judicial...”, op.cit., p. 199 y bibliografía allí citada. En lo que se refiere a la jurisprudencia, fue una regla especialmente bien acogida por la jurisprudencia alemana y holandesa. Vid. información bibliográfica en detalle en: G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, op.cit., p. 65-66.

⁶⁹¹ Desarrollados en M.P. MOSCOSO RESTOVIC, “Competencia judicial...”, op.cit., pp. 202-214. Entre otros: protección a la parte débil, redistribución de los costes de las externalidades negativas y riesgos asumidos, eficiencia y eficacia del proceso, establecimiento de tutela cautelar preventiva, etc. La autora defiende que estos fundamentos no están pensados para una víctima civil ordinaria, que debería sujetarse a las reglas generales de competencia internacional, sino para una víctima ambiental; de ahí que, según ella, la tesis de la ubicuidad sólo pueda ser aplicada a casos de daños ambientales y que las víctimas tengan, por lo general, interés en asociar su daño civil a un daño ambiental. Es quizás el *mayor juicio de reproche* que el TJCE encuentra en el daño civil asociado al ambiental que en el civil extracontractual ordinario, lo que fundamenta la apertura del foro, situando el coste de la internacionalidad al demandado, en consonancia con los principios internacionales de protección ambiental ya mencionados.

Éste último punto es uno de los más discutidos por otros autores para los que la norma, por sí misma, no persigue favorecer a la víctima, ya que su fundamento es que no es posible atribuir una relación más estrecha del daño ni con el lugar del hecho causal ni con el de la verificación del daño⁶⁹², que existe la misma proximidad y que su inclusión permite reducir los costes de internacionalización del litigio. Por tanto, para estos autores, no respondería al principio *favor laesi*⁶⁹³ si bien en la práctica sí favorecería un *forum actoris*⁶⁹⁴.

⁶⁹² Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol II, op.cit., p. 1134. El principio *favor laesi* no ha de informar el art. 5.3 (7.2). Vid., T. BALLARINO, H. GAUDEMONTALLON, A. CRESPO HERNÁNDEZ, citados por: G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit. p. 67.

⁶⁹³ Defendido, entre otros, por: V. FUENTES CAMACHO, A. FONT SEGURA, M. CARLÓN RUIZ, citados por: G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., p.66. También, C. VON BAR, op.cit., p. 341. En sentido contrario, esto es, considerándolo un foro de protección a la parte débil: M.P. MOSCOSO RESTOVIC, "Principio *favor laesi* y parte más débil en la competencia judicial internacional por daño ambiental", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, UNAM, pp. 571-594. Según la autora, permite que el responsable civil asuma los costes por las consecuencias internacionales de su acto, favoreciendo así a la víctima (bajo el principio de *favor laesi*) que se entiende como la parte débil de la relación extracontractual, y favoreciendo la protección del medio ambiente. Éste fue uno de los factores que causó más críticas a la teoría de la ubicuidad en sus comienzos, por su posible inclusión del principio *favor laesi* y del *forum actoris*, ambos supuestamente contrarios a la regla general del Reglamento 44/2001. Vid. "Principio...", op.cit., p. 206, nota al pie 25. No obstante, el mismo Reglamento 1215/2012 establece excepciones a la regla general en materia de contratos de seguro, contratos celebrados por los consumidores o contratos de trabajo, en los que "debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales" (Vid. Considerando 18º).

⁶⁹⁴ Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1134. Sobre este foro, vid. S.A. SÁNCHEZ LORENZO Y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, Derecho..., op.cit., p 58. No obstante, pensamos que no es infrecuente que los demandantes decidan accionar en un país distinto al de su domicilio. De hecho, de los casos más relevantes analizados en el trabajo por daños ambientales, en no pocos el demandante accionó en un país distinto al de su domicilio. En el caso *Bhopal*, el daño en India, la demanda inicial en EE.UU.; en el caso *Akpan vs. Shell-Nigeria*, demandantes domiciliados en Nigeria, la demanda en los Países Bajos; en el caso *Bodo-Nigeria*, demandantes de Nigeria, demanda en Reino Unido; en el caso *Trafigura*, demandantes domiciliados en Costa de Marfil, demanda en Países Bajos y Reino Unido; en el caso *Boliden -Suecia*, demandantes domiciliados Chile, demanda en Suecia; en el caso *Texaco-Chevron*, demandantes de Ecuador, demanda inicial en EE.UU; en el caso *Amoco Cádiz*, los demandantes estaban domiciliados en Francia y la demanda inicial se presentó en EE.UU; en el caso *Seveso*, los demandantes de Italia e iniciaron demandas tanto en Italia como en Suiza; entre otros. En contra, en los casos *Mines de Potasse*, *Prestige*, *Boliden-Aznalcóllar*, *Aegean Sea*, *Erika*, *Chisso-Minamata Disease*.. los demandantes demandaron en el país en el que estaban domiciliados y en el que ocurrieron los daños (Países Bajos, España, Francia y Japón respectivamente), aunque en el caso *Prestige* se demandó en EE.UU en relación a la empresa ABS, aunque fuera declinada la competencia. Es curioso cómo, en los primeros casos, los países de domicilio de los demandantes son, por lo general, menos desarrollados que aquéllos en los que se elige litigar (generalmente, domicilio de la matriz en casos civiles), mientras que en los últimos, por lo general, no ocurre así. En caso de daños en EE.UU., los casos siempre se han iniciado ante sus tribunales (vid. *Exxon Valdez*, *Deepwater Horizon*, *Love Canal*...), la mayoría de las veces por el propio gobierno estadounidense que ha

En nuestra opinión, si bien la norma constituye en teoría –y en su fundamento- un foro neutro, lo cierto es que en la práctica sí podrá beneficiar a la víctima, facilitando su acceso a la justicia y la previsibilidad de la ley aplicable⁶⁹⁵; y es que será habitual que sean ellas –las que sufren el daño- las primeras en demandar⁶⁹⁶, eligiendo por tanto el foro en atención a su propio balance coste-beneficio. Además, no será infrecuente que, el coste de litigar en el extranjero, en caso de que así lo elijan, se vea compensado por el valor esperado de la indemnización que allí pudieran obtener, ya sea por las garantías procesales, por cuestiones de legitimación que dieran mejor viabilidad a sus pretensiones o por la ley que resultara aplicable al caso según el sistema de Derecho internacional privado de dicho Estado. Esto es, raro será que una empresa multinacional responsable, por ejemplo, de un vertido de petróleo que haya dañado propiedades de campesinos así como numerosos recursos naturales, vaya a iniciar una demanda⁶⁹⁷ ante un contrario que cree considerablemente más débil (en recursos económicos y técnicos para hacer frente a un juicio) o del cual cree improbable la demanda en tribunales extranjeros, o ante unas expectativas de litigio favorables para él (por la dificultad de la prueba, el difícil acceso a documentos para las víctimas, la normativa vigente, la corrupción del sistema judicial, etc.), cuestiones éstas que por desgracia no son poco frecuentes en el panorama empresarial actual de deslocalización de la producción a países en vías de desarrollo⁶⁹⁸.

gestionado las indemnizaciones a particulares.

⁶⁹⁵ De acuerdo con: G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., p. 66.

⁶⁹⁶ Aunque no debe menospreciarse la posibilidad de que el supuesto agente causante del daño ambiental ejercite en primer lugar una acción de exención de responsabilidad para evitar foros indeseados.

⁶⁹⁷ No así en el caso de otras demandas por responsabilidad extracontractual, vid. *infra*.

⁶⁹⁸ Como documentan A. PIGRAU SOLÉ ET AL., la relación tan estrecha entre la empresa Río Tinto y el gobierno de Papúa Nueva Guinea durante el conflicto con la población de Bouganville convertía en inútil e ingenua cualquier posibilidad, para las personas de Bouganville, de obtener tutela en los tribunales de ese país por los daños sufridos con la explotación de la mina Panguna". Vid., "Legal Avenues for EJOs to Claim Environmental Liability", *Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade Report*, nº4, June 2012, p. 65, disponible en: http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/08/120731_EJOLT-4-High.pdf [Consulta: 10/5/2015].

Se ha argumentado que no siempre ocurre que la empresa esté en una situación de fuerza y la víctima de debilidad⁶⁹⁹. Lo cierto es que en la totalidad de los casos analizados en el trabajo y más relevantes en esta materia, la empresa suele ostentar una posición de fuerza mucho mayor que las presuntas víctimas. Además, aunque no ocurra en la totalidad de los casos, es quizás un riesgo que se asume en la totalidad de las normas “no neutrales”: piénsese en que las ventajas que se da a consumidores o trabajadores, que puede que no siempre estén en una posición de desventaja; piénsese en el trato desigual que se da a las mujeres en la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género (puede haber mujeres que se aprovechen y sin duda hombres en una situación de mayor desventaja). Pero, por otra parte, las normas neutrales serían injustas, en un ambiente donde la desigualdad es palmaria y mayoritaria en un sentido, en un mayor número de casos. No obstante, compartimos que el principio *favor laesi* juega un papel importante no sólo como instrumento de protección a los individuos concretos afectados, sino como medio⁷⁰⁰ para proteger el medio ambiente y, con él, el interés social o colectivo que comporta, ya que “el interés jurídicamente relevante no es el individuo en sí mismo sino la sociedad en general”⁷⁰¹.

En los casos que analizamos, en los que una o varias sociedades se sitúan en la parte demandada, en los que, por lo general, los perjudicados son individuos en una situación bastante menos “fuerte” en términos de recursos técnicos, económicos y jurídicos para afrontar un litigio⁷⁰², y en los que, además, los daños civiles se ven íntimamente conectados a daños ecológicos puros, implicando así un interés supraindividual afectado directamente, no nos parecería inadecuado ese efecto favorable, con el mismo fundamento que encontramos en materia de consumo, seguros o trabajo, aunque no se trate en este caso de un foro de protección.

⁶⁹⁹ A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil...*, op.cit., pp. 101 y 102.

⁷⁰⁰ En la misma línea: C. VON BAR, op.cit., p. 342; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., pp. 101 y 102.

⁷⁰¹ M. DESANTES LEAL, *La competencia...*, op.cit., p. 303.

⁷⁰² F. POCAR, “Le lieu du fait illicite dans les conflits des loi et de juridictions”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1985-1986, pp. 71-88, p. 75.

Por ello, en nuestra opinión y para los casos de daños ambientales, la *optio fori* debe ser valorada positivamente, ya que, en general, será ejercitada por la víctima –no por el demandante–, compensando la desigualdad de las partes y contribuyendo a que la víctima pueda, con mayor probabilidad, tener acceso a un proceso con todas las garantías y, probablemente, obtener un resultado más favorable. Esto redundaría directamente en la protección del medio ambiente, no sólo por las posibles reparaciones sino también porque contribuye a la prevención por parte de las empresas, al ver sancionada su falta de diligencia en materia ambiental, al igual que incentiva los controles para evitar accidentes en actividades de riesgo si la responsabilidad es objetiva. No compartimos que la posibilidad de elegir por parte de la presunta víctima pueda llevar a un *forum shopping* que conlleve algún peligro o efecto negativo⁷⁰³.

Esta posibilidad de opción, unido a la que proporciona el art. 7 del Reglamento 864/2007, dota de una cierta especificidad *de facto* a los daños civiles asociados a los ambientales⁷⁰⁴, aunque el Derecho positivo en relación a la competencia judicial internacional incluya todas las obligaciones extracontractuales bajo la misma norma, obviando diferencias en cuanto a la naturaleza de los daños y los fines de justicia ambiental vs. justicia patrimonial que pudieran aconsejar un tratamiento diferente.

⁷⁰³ Compartimos la visión de F.K. JUENGER, “Forum shopping, Domestic and international”, *Tulane Law Review* 63, 1989, pp. 553 y ss., especialmente, p. 569; IBÍDEM, “Environmental damage” en: C. MCLACHLAN Y P. NYGH (EDS.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 201-214; G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, p. 68. Sin embargo, el *forum shopping*, que también está disponible para el presunto responsable, sí podría generar problemas si éste, ante un litigio inminente, decide iniciar una acción declarativa negativa o elegir los tribunales más lentos para retrasar el proceso todo lo posible. No obstante, como argumentamos antes, en casos de daños ambientales no nos consta ningún caso y parece poco frecuente dicha anticipación por parte del demandante que quizás sí es más común en otro tipo de acciones por responsabilidad civil.

⁷⁰⁴ Según algunos autores, es quizás el *mayor juicio de reproche* que el TJCE encuentra en el daño civil asociado al ambiental que en el civil extracontractual ordinario, lo que fundamenta la apertura del foro –iniciado con el asunto *Mines de Potasse d’Alsace*, por daños ambientales, situando el coste de la internacionalidad al demandado, en consonancia con los principios internacionales de protección ambiental ya mencionados. M.P. MOSCOSO RESTOVIC, “Competencia judicial...”, op.cit., p.214.

No obstante, para el caso concreto de daños ambientales causados por grupos de sociedades, la posibilidad de demandar no sólo en el lugar de verificación del daño sino también en el lugar en el que se generó el daño, no es tan utilizada como el foro del domicilio del demandado⁷⁰⁵, ni quizás tan “útil” como la existencia de normas de conexidad procesal que permitan demandar también a no domiciliados en la UE, cuestión que abordaremos ampliamente con posterioridad. Ya que, aunque se interpretara –según defienden algunos autores⁷⁰⁶–, que para el caso de grupos de sociedades multinacionales podría considerarse como el lugar de la comisión del daño no sólo el de la sede de la empresa directamente involucrada, sino también el de la sede de la sociedad matriz que es la que transmite el capital a la industria que es causante material del daño ambiental, tal como sucedió en el caso *Bhopal*, la coincidencia con el foro del domicilio del demandado –que llevaría a los mismos tribunales competentes–, lo haría, en principio, redundante. Por ello algunos autores han sugerido, para que el artículo no pierda su efecto útil en estos casos, que pudiera admitirse la competencia en virtud del mismo en los supuestos en los

⁷⁰⁵ En los casos estudiados de demandas contra matrices europeas por daños verificados en terceros Estados, el foro utilizado es el del domicilio del demandado. De entre los más recientes, vid., el caso *Akpan vs. Shell*, cit. supra, o el caso de *Boliden* en Suecia por daños verificados en Chile, vid. supra.

⁷⁰⁶ Entre otros, vid., N. CORTINA FLORES, “La responsabilidad...”, op.cit., citando a: K. FACH GÓMEZ, “Acciones Preventivas ...”, op.cit., p. 583; también, P. MOSCOSO RESTOVIC, Competencia..., op.cit., p. 325: “(...) el concepto de hecho generador debe ser interpretado de tal forma que comprenda la casa matriz o la sociedad del grupo en la cual se aceptó el riesgo del daño ambiental a sabiendas de sus consecuencias.”; V. VAN DEN EECKHOUT, “The Private...”, op.cit., p.6, citando a N. JÄGUERS & M. J. C. VAN DER HEIJDEN: “It can be argued that the *Handslugsort* [lugar del hecho generador] is the place where the parent company is seated, as this is where decisions were made that resulted in the harmful event abroad” (entre corchetes, nuestro). Vid., N. JÄGUERS & M. J. C. VAN DER HEIJDEN, “Corporate human rights violations: The feasibility of civil recourse in The Netherlands”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, nº3, pp. 833-870; L. ENNEKING, “Crossing the...”, op.cit., p. 928; M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento del velo..”, op.cit., pp. 295-296, p. 282. Podría encontrarse cierto paralelismo con la interpretación del artículo por el TJUE para casos de vulneraciones de Derecho de la Competencia, en los que se considera que el lugar del hecho generador es aquél en el que se llegó al acuerdo del cártel (similar a la decisión sobre la política medioambiental o de seguridad o, incluso, sobre el negocio en sí en el que se asume el riesgo que se materializa en el daño). Así: “ (...) en virtud del citado artículo 5, punto 3, cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social”. Vid., STJUE 21 mayo 2015, as. *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-252/13, pº 73.

que las decisiones relacionadas con el daño se hubieran tomado en un Estado miembro distinto a aquél en el que tiene su domicilio la matriz⁷⁰⁷, aunque la aplicabilidad práctica de esta interpretación es discutible.

Veamos algunos ejemplos respecto a la utilidad del art. 7.2 según el lugar en el que se verifica el daño:

- Cuando el daño se verifica fuera de la UE: la inutilidad del art. 7.2.

Pongámonos en el caso de una multinacional, de matriz neerlandesa y filial en Tanzania. Los daños se sufren por campesinos en Tanzania y se pretende demandar a la filial y a la matriz solidariamente, propietaria de la totalidad del capital social de la filial, responsable de las medidas de seguridad ambiental y que además recibe el cien por cien de los beneficios de la filial. El grupo de empresas es parte de una *joint venture* con participación de una empresa estatal y los intereses gubernamentales se ven comprometidos. Además, la imparcialidad del sistema judicial de Tanzania, con un índice de corrupción del sistema judicial⁷⁰⁸ elevadísimo, deja, a priori, bastante que desear. Con alta probabilidad las víctimas preferirán demandar en los Países Bajos, utilizando el *foro del domicilio del demandado*, aunque, en la base, coincida con el lugar en el que se tomó la decisión negligente que dio origen al daño, algo, por otra parte, muy difícil de probar salvo que se estableciera una presunción al respecto. Esto es, en este caso en que la filial se ubique fuera de la UE en países con sistemas judiciales poco solventes o con expectativas de leyes aplicables no convenientes, y el daño se verificara en dicho Estado, las presuntas víctimas intentarán frecuentemente demandar en el país del domicilio de la matriz, con la idea, además, de hacer también a ésta

⁷⁰⁷ V. VAN DEN ECKHOUT, "The Private...", op.cit., p.7.

⁷⁰⁸ ORGANIZACIÓN DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Barómetro Global de la Corrupción 2013, por sectores, para Tanzania, la percepción de corrupción de su sistema judicial es de 4,5 sobre 5, siendo 5 "completamente corrupto". Información (hasta el dato del Barómetro Global de Corrupción del año 2013, último disponible) en: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/Barómetro_Global_2013/Indice_Barometro_2013.htm [Consultado el 15/01/2015].

responsable.

En este caso, el foro del 7.2 y con él la teoría de la ubicuidad no se aplica –salvo que se introdujera esa previsión, para que tal artículo se aplique también en caso de demandados no domiciliados en una posible futura reforma del Reglamento europeo⁷⁰⁹–, dado que lo normal será acudir al foro del domicilio del demandado. Así ocurrió, entre otros, en el caso *Akpan vs. Shell*, que será abordado más adelante en relación a la competencia judicial internacional⁷¹⁰, supuesto real que es fiel reflejo de esta problemática. Los obstáculos que se encontrarán los demandados para conseguir demandar a un no domiciliado merecen una consideración especial más adelante, a propósito del foro del art. 8.1 del Reglamento 1215/2012.

- Daño verificado en el territorio del Reglamento UE 1215/2012⁷¹¹:

A) Supongamos un caso intracomunitario, en el que la filial se encuentra en un país de la UE, digamos España, y la matriz es, por ejemplo, de Bélgica. El daño se produce en España. Por lo general, en este caso es de suponer que las víctimas preferirán litigar en su domicilio, para lo cual utilizarán, bien el foro del domicilio del demandado (respecto de la filial) bien el foro del 7.2 siendo el “lugar del daño” el “lugar de verificación del daño”. Dado que la ley aplicable se determinará con el

⁷⁰⁹ Así lo proponen en su estudio: I. PRETELLI & L. HECKENDORN, op.cit., p. 46; en referencia a una propuesta de nueva redacción del reglamento Bruselas I: “ art. 6. 1. C): “If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, subject to article 18(1), article 21(1), article 24 and article 26(1), as well as to all existing bilateral and multilateral conventions, be determined by the following rules: (...) c) In matters relating to torts, the courts of the Member States at the place where the harmful event occurred or may occur shall have jurisdiction”. Volveremos sobre este tema en las propuestas de *lege ferenda*.

⁷¹⁰ Vid., pp.131 y ss. y pp. 359 y ss.

⁷¹¹ Si bien nuestro objeto de estudio es, específicamente, el primer escenario en el que los daños se producen en un tercer Estado, nos parece interesante presentar, a colación de la utilidad y de la interpretación del foro del art. 7.2 los posibles supuestos que pueden darse cuando el daño se verifica en la UE, con ánimo, también, de comparar la efectividad de las respuestas jurídicas que tal norma proporciona.

Reglamento 864/2007 tanto en España como en Bélgica, pudiendo elegir la que se desee en ambos casos, las consideraciones que podrían alterar la decisión de litigar en un sitio o en otro son, principalmente: los costes, la previsión sobre la legitimación de ONG en ambos Estados, la regulación de las acciones colectivas o la rapidez de la Administración de justicia. De nuevo, la dificultad será conseguir indicios para demandar a la matriz como causante del daño y por tanto como responsable junto con la filial, pero de nuevo el foro del domicilio del demandado unido al art. 8.1 serviría para que la jurisdicción fuera admitida en ambos Estados.

B) Supongamos ahora un caso en el que la matriz está domiciliada, por ejemplo, en los EE.UU. y la filial está domiciliada en Francia. El daño se produce en Francia. En este caso, las víctimas podrán elegir litigar en Francia (domicilio del demandado y, para demandar allí la matriz, encontraremos los mismos problemas que en el caso 1, dependiendo de la normativa interna de Francia) o en EE.UU., cosa más probable por lo que respecta a los límites indemnizatorios (así ocurrió en *Amoco Cádiz*, aunque condicionado por el hecho de que EE.UU. no era parte del CLC, si bien en el régimen general también suele ser un país con mayores indemnizaciones), por las ventajas procesales o la mayor facilidad para el levantamiento del velo. En este caso, será el sistema de Derecho internacional privado estadounidense –o canadiense, etc.- la que determinará la competencia judicial internacional, no siendo aplicable por tanto la regla de la ubicuidad.

C) Supongamos que el hecho generador se produce en un Estado miembro, por ejemplo Italia, pero los daños se manifiestan en Italia, Suiza, Francia, Eslovenia y Croacia, siendo la demandada una empresa domiciliada en Reino Unido. En este caso, las víctimas podrían accionar en todos ellos aunque, según la *teoría del mosaico*, sólo los tribunales italianos –o los británicos, por el foro del domicilio del demandado- serían competentes para conocer de todo el litigio. Esta multiplicidad de tribunales concurrentes la pluralidad de foros que están disponibles puede generar una atomización del proceso y también incrementar la

imprevisibilidad, aunque, para el caso de que sean Estados miembros todos los afectados, la propia reglamentación del Reglamento 1215/2012 prevé un mecanismo que puede limitar las soluciones contradictorias e incrementar la eficiencia siempre que existan demandas “conexas”⁷¹².

“Artículo 30⁷¹³

1. Cuando demandas conexas estén pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento.

2. Cuando la demanda presentada en primer lugar esté pendiente en primera instancia, cualquier otro órgano jurisdiccional podrá de igual modo declinar su competencia, a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la primera demanda sea competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación.

3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

⁷¹² J. J. FAWCETT, J.M. CARRUTH ERS & P. NORTH, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 312 y ss; ampliamente sobre la conexidad, I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002, pp. 6-12, 130 y ss.

⁷¹³ Redacción del Reglamento 1215/2012 distinta a la del Reglamento 44/2001, ya que las normas relativas a la litispendencia y conexidad han sido modificadas con la revisión de éste último, al constatarse la existencia de tácticas dilatorias en el ámbito del Derecho internacional privado permitidos por la regulación del Reglamento 44/2001 que podían dar lugar a procedimientos paralelos. Vid., en detalle, sobre dicha modificación en temas de conexidad y litispendencia: J. SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5., nº1, marzo 2013, Universidad Carlos III, Madrid, 2013. pp. 184-198.

Es decir, en el caso de daños plurilocalizados en Estados que pertenezcan a la UE, podrían unificarse todas las demandas ante un mismo tribunal, el que conociera en primer lugar, aunque todos fueran competentes. El problema surgirá cuando la primera demanda se presente ante un tribunal de un Estado en el que se materializó el daño que, siguiendo la tesis del mosaico de elaboración jurisprudencial, no sería competente para conocer de las demás. Por tanto, sólo sería posible la aplicación de este artículo cuando la primera demanda, de existir, se presentara en el lugar de generación del daño, cuyos tribunales sí son competentes para conocer de las demás⁷¹⁴.

Por ello, la opinión ofrecida *supra* de que, al derivar todos los daños de un mismo hecho generador, cualquier tribunal –de los Estados afectados- podría conocer respecto a todos los daños con independencia del lugar de verificación, podría ofrecer soluciones más eficientes⁷¹⁵. Otra opción para evitar que existan diferentes tribunales en diferentes Estados de la UE conociendo sobre acciones idénticas -excepto por los demandantes- para el caso de daños ambientales, podría ser establecer criterios que, sin permitir la denegación de justicia ni el *forum non conveniens*, permitan la acumulación de acciones⁷¹⁶.

⁷¹⁴ Algunos autores plantean para limitar el riguroso criterio de *prior tempore potior iure* el que se pudiera obligar al primer tribunal a comprobar la existencia de un interés de protección legal legítimo de la primera demanda cuando se haya planteado una segunda demanda ante otro tribunal. Vid., J. SUDEROW, op.cit., p. 198.

⁷¹⁵ Podría complementarse con algún mecanismo de compensación de los costes de litigación internacional de manera que algunos demandantes –o demandados, según quien perida el pleito- no salgan beneficiados por la proximidad de su domicilio al litigio frente a otros con el mismo derecho, soportándose de manera equitativa en lo posible.

⁷¹⁶ Por ejemplo, los criterios que establece la LEC en competencia territorial (vid. art. 53.1): “Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante”. Ahora bien, la aplicación de estos criterios en la práctica puede ser controvertida si supone una aplicación del *forum non conveniens*, ya que éste no cabe en los Estados miembros de la UE (al contrario de lo que ocurre en EE.UU.), por lo que deberá ser una norma uniforme de distribución procesal entre Estados miembros y no una doctrina de aplicación discrecional de cada tribunal. Vid., C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Problemas de aplicación de las normas de

Para el caso de que alguna de las demandas se plantee en un Estado no miembro que resultare competente de acuerdo a sus normas internas, puede que la pluralidad de procesos sobre el mismo asunto sea inevitable, salvo que: 1) el Estado no miembro contemplara la doctrina del *forum non conveniens* y se inhiba a favor del tribunal de algún Estado miembro⁷¹⁷; 2) opere la conexidad internacional (art. 34 Reglamento 1215/2012); 3) el Estado miembro en el que se haya planteado la primera demanda sí acepte la jurisdicción, de acuerdo a las normas de producción interna, respecto de todos los demandados y reclamaciones por conexidad y, al haber conocido en primer lugar, el segundo tribunal del Estado no miembro se inhiba por litispendencia en su favor. Esto depende de la normativa del Estado miembro en cuestión, siendo éstas, como veremos, bastante heterógeneas.

Por último cabe destacar, en contra de lo que señalan algunos autores⁷¹⁸, que el artículo 7.2 no es inaplicable ante la concurrencia de varios demandados domiciliados⁷¹⁹. Si el daño se produce en el territorio de la UE, digamos en España, y una de las sociedades es española y la otra, francesa, no hay por qué pensar que no pueda demandarse en España a ambas sociedades en virtud del foro especial del lugar del daño (que en uno de los casos coincide con el del domicilio del demandado), siendo además aplicable el foro por conexidad procesal pero sin que éste sea necesario como fundamento de la competencia judicial internacional sobre la sociedad francesa, siempre que exista un fundamento material a la responsabilidad de ambas en la *lex causae*.

competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: reflexiones en torno al *forum non conveniens*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 94. 2000, pp. 99-128.

⁷¹⁷ En su propuesta de modificación de las normas de competencia judicial internacional, los autores I. PRETELLI, L. HECKENDORN et al., proponen una norma que permita rechazar la competencia a los tribunales europeos en caso de que exista otro Estado con competencia exclusiva sobre el asunto, lo cual añadiría un cuarto supuesto a los planteados. Vid., I. PRETELLI & L. HECKENDORN (eds.), op.cit., p. 47.

⁷¹⁸ Para P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, op.cit., p. 328: "Sin embargo, la facultad que otorga la regla de ubicuidad establecida para el artículo 7.2 del mismo reglamento sólo beneficiará al "demandado singular plurilocalizado" pero no a "demandados simplemente múltiples"."

⁷¹⁹ De la misma opinión, P. MANKOWSKI, op.cit., p. 247.

Distinto será si alguna de las sociedades no está domiciliada en la UE, como veremos a propósito del análisis del foro de conexidad y ante lo cual el art. 7.2 sería inaplicable (el Reglamento, vid. *supra*, no se aplica a no domiciliados).

4.2.3.1.2. La interpretación del art. 7.2 en presencia de daños indirectos. Daños ecológicos puros y daños civiles asociados.

Según algunos autores, los daños ecológicos serían siempre indirectos, ya que el medio ambiente es un “bien común cuyo perjuicio afecta sólo de manera indirecta a la colectividad”⁷²⁰. Por otra parte, los daños civiles – personales o patrimoniales- asociados a dichos daños tampoco se consideran directos, al “no ser producto inmediato del acto ilícito sino consecuencia del daño producido al bien natural”⁷²¹. El resultado de ambos razonamientos, planteados y refrendados por A. CRESPO HERNÁNDEZ, con independencia de su rigor o acierto⁷²², lleva a la inutilidad del foro del 7.2, algo poco acorde a los

⁷²⁰ R.O. DALQ, “La responsabilité civile et penale du pollueur en droit belge” en: Actes du colloque de la Section belge de l’Institut International de Droit de l’expression française, Les aspects juridiques de l’environnement, Namur, 1975, p. 49; B. PACTEAU, “Les problèmes juridiques internationaux de la pollution” en: Actes du colloque..., op.cit., p. 161. Citados por: A. CRESPO HERNÁNDEZ, La responsabilidad civil..., op.cit., p. 47.

⁷²¹ A. CRESPO HERNÁNDEZ, La responsabilidad civil..., op.cit., p. 48. Los autores que defienden esta tesis: C. MIGUEL DE PERALES, La responsabilidad..., op.cit., p.155; E. DU PONTAVICE, L’indemnisation des dommages dits “indirets” en matière de pollution dans différents pays et au plan international, OCDE, Indemnisation des dommages dûs à la pollution, París, 1981, p.9.

⁷²² Nos parece cuanto menos discutible la idea de que un perjuicio a un bien común afecte de manera indirecta a los individuos, como ya expusimos en el capítulo I. Si bien fácticamente puede parecer lógico que primero está el daño al recurso natural y, en consecuencia, el efecto en los humanos, desde el punto de vista jurídico tal argumentación es deficiente: porque un daño indirecto reconoce un daño –civil- directo, y hoy por hoy, el daño ecológico no es un daño civil propiamente hablando en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Incluso si reconocemos el derecho de disfrute de un medio ambiente sano –que sí es civil- tampoco tendría lógica tal argumentación ya que el hecho generador es el mismo y la causación del daño paralela (vid., P. MOSCOSO RESTOVIC, Competencia..., op.cit., p. 417). Por otra parte, la conexión entre la contaminación del agua por una empresa y el daño a la salud por respirar ese agua parece lo suficientemente estrecha como para afirmar que no afecta indirectamente sino directamente a las personas, a su derecho de “goce” de un medio ambiente sano, para empezar, y siguiendo por los numerosos derechos afectados. Considerar que por el hecho de que el agua se vea dañada en sí misma con carácter previo al daño a la salud por la ingesta de ese agua, hace al daño “indirecto”, y con ello los que lo sufren no dispongan del derecho de *optio fori* que prevé el art. 7.2, nos parece que no responde ni a los criterios de economía y eficiencia procesal ni a los valores de justicia sustantiva en los que todo foro de competencia judicial internacional debe fundamentarse.

principios de protección ambiental en la UE y que esconde cierta contradicción desde nuestro punto de vista.

Y es que, si la segunda afirmación es cierta, entonces no puede negarse –como parece entenderse en la primera afirmación- que el daño al bien natural, esto es, el daño ecológico puro, sea directo. Y, en sentido contrario, si el daño ecológico no se considera un daño civil –por la primera afirmación- entonces tampoco podrán considerarse indirectos los daños privados sufridos por las personas y sus bienes de manera asociada al daño ecológico.

Como bien explican A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷²³, el daño *directo* a un bien físico –propiedad- se produce en el lugar donde se encuentra el bien material que se ha visto dañado (ej: *lugar donde radica una plantación contaminada*), mientras que el daño *directo* a un bien inmaterial –salud, vida, interés en el disfrute de un medio ambiente saludable- se produce en el lugar en el que tal derecho del que es titular el perjudicado se ha visto lesionado (en nuestro ejemplo, sería el lugar en el que la salud se ve perjudicada o en el que se disfrutaba del medio ambiente sano). Siguiendo con estas definiciones, los daños civiles asociados a daños ambientales son directos, sin que tengan causa en otro daño directo anterior (entendiendo que éste debe ser civil).

La consideración de los daños ambientales⁷²⁴ como directos o indirectos tiene relevancia porque, según la jurisprudencia del TJCE, el artículo 7.2. –antes 5.3- no extiende su aplicación a los daños indirectos⁷²⁵, que serían

⁷²³Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1146.

⁷²⁴ Como los daños ecológicos, a día de hoy, en el ámbito de la UE, no se consideran daños civiles y, por tanto, no darían lugar a responsabilidad extracontractual, no son considerados. Ahora bien, bastaría su consideración como tales en el Derecho aplicable al fondo para que la materia fuera calificada como tal y por tanto la competencia judicial internacional se decidiera en base al Reglamento. Los daños al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente sano, sí podrían considerarse daños civiles, como argumentamos *supra* y como veremos en profundidad en el capítulo III, aunque tampoco suelen reconocerse como tales. Vid., sobre estos problemas de calificación, capítulo I, pp. 67 y ss.

⁷²⁵ Sobre los daños indirectos, vid., STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari*, op.cit., fd. 21: el art. 5.3 "...no puede interpretarse en el sentido de que incluya el lugar en el que la víctima (...)

conocidos por el tribunal que conoce de los directos ya que, por sí solos, no permitirían atraer la competencia al tribunal de dicho lugar, de ser distintos éste y el de los daños directos. Lo que pretende el TJCE es evitar una interpretación extensiva del lugar del daño “hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar”⁷²⁶.

Según F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ ⁷²⁷, la fundamentación de esta interpretación jurisprudencial radica en que “la localización de los daños posteriores, derivados o por repercusión entran dentro del círculo de control de riesgos de la víctima y ésta es quien los debe asumir”. Sin duda parece un argumento razonable. No obstante, en el ámbito de daños civiles asociados a los daños ecológicos, es evidente –basta un breve repaso a los casos para comprobarlo- que no existe ningún tipo de control por parte de la víctima sobre dichas consecuencias; ¿cómo puede un agricultor impedir que la tierra no se vea contaminada por una fuga de petróleo?, ¿cómo puede una comunidad

alega haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante”. Sobre la sentencia, vid., M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “El derecho internacional...”, op.cit., p.104; G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., p. 73. Respecto de las víctimas indirectas: el artículo 5.3 (actual 7.2) “no puede interpretarse de manera tal que legitime a un demandante que invoque un daño del que afirme ser la consecuencia del perjuicio sufrido por terceros, víctimas directas del hecho dañoso, para demandar al autor de este hecho ante los tribunales competentes en virtud del lugar en el que el propio demandante haya experimentado el daño en su propio patrimonio”. STJCE 11 enero 1990, as. *Dumez*, fd. 15, 22. Sin duda considerar lo contrario supondría un incremento injustificado de la imprevisibilidad en la apertura de foros para el demandado, contrario al espíritu que fundamenta los foros de competencia judicial internacional en el Reglamento UE. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., p. 1145.

⁷²⁶ STJCE 11 enero 1990, as. *Dumez*, fd. 14. Vid., sobre la sentencia y los daños indirectos, V. FUENTES CAMACHO, “Principio de proximidad y precisión del *forum delicti commissi* en las hipótesis de pluralidad de daños sobrevenidos en distintos Estados”, *La Ley - Comunidades Europeas*, año XIII, nº77, 27 noviembre 1992, pp. 1-8; A. FONT I SEGURA, “La disociación y los daños indirectos en la aplicación del artículo 5.3 del Convenio de 1968 de Bruselas: sentencia del TJCE de 11 de enero de 1990”, *Noticias CEE*, nº 66, 1990, pp.131-136. En el mismo sentido de la sentencia as. *Dumez*, vid., STJCE as. *Marinari*, op.cit., f. 14; Conclusiones del Abogado General Sr. L. Geelhold, 31-1-2002, en el as. *Fonderie Officiner Meccaniche Tacconi Spa.*, f. 44. Visión compartida por la doctrina mayoritaria. Vid., entre otros, A. CRESPO HERNÁNDEZ, “Precisión del lugar...”, op.cit., pp. 103-105, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. II, op.cit., pp. 1145 y 1146. Argumentan que lo contrario supondría abrir un *forum actoris* ilimitado, imprevisible y por tanto contrario a los objetivos y fundamentos del Reglamento 1215/2012.

⁷²⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 89-154, p. 142.

evitar respirar aire contaminado por gas –sin ni siquiera conocerlo?, etc.

En nuestra opinión, la peculiaridad de los daños ambientales, de los ecológicos y de los civiles, hace necesario un análisis diferente al previsto para los daños civiles extracontractuales generales, en atención al fin de la norma de competencia judicial internacional y del conjunto de previsiones tendentes a favorecer el acceso a la justicia y la protección medioambiental (interpretaciones teleológica y sistemática) y no tanto a la determinación exacta de la relación de causalidad⁷²⁸ que justifique la inmediatez o no de los daños. Y es que establecerla, si bien es necesario para valorar la responsabilidad y determinar el nacimiento de la obligación extracontractual, no debe ser requisito a la hora de fundamentar un foro de competencia judicial internacional, cuyos fundamentos no son los mismos que los que determinan el Derecho aplicable ni, más allá, la responsabilidad final, aunque en todos ellos se valore, en distintos grados, la conexión o proximidad del hecho generador y el resultado dañoso, en especial cuando el tribunal es el del lugar del hecho generador, cuya vinculación con el objeto de litigio debe ser, cuando menos, *razonablemente próxima*⁷²⁹.

Ésta se satisface suficientemente en el supuesto que planteamos en el lugar en el que se verifica el daño ecológico y, junto con éste, la mayor parte de daños civiles tradicionales (así ocurrirá en la práctica totalidad de los casos) y, también, en caso de que se trata de daños transfronterizos, en aquél o aquéllos países en los que el número de afectados sea suficientemente considerable y exista algún criterio de conexión más que la simple residencia de uno de ellos. Este foro debería ser igualmente abierto en caso de daños al interés supraindividual en un medio ambiente saludable y en caso de daños ecológicos

⁷²⁸ Vid., al respecto, aplicado a las normas de competencia judicial internacional, y analizando los criterios de imputación de la equivalencia de condiciones, del vínculo de proximidad y del riesgo incrementado, P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, op.cit., pp. 400 y ss; en general, sobre la causalidad en daños ecológicos puros, vid., A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 320 y ss; y en daños ambientales en general, con especial referencia al Código Civil español, N. ÁLVAREZ LATA, "El daño ambiental...", op.cit., pp. 803 y ss.

⁷²⁹ Vid., P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 196, 1986, pp. 150 y ss.

–cuando aquellos fueran reconocidos por la *lex causae* aplicable como fundamento de responsabilidad civil extracontractual-.

En nuestra opinión, parece de sentido común y de la más elemental noción de justicia que, ante un daño ambiental que ha perjudicado el patrimonio o la salud de individuos concretos, éstos puedan accionar civilmente como perjudicados con la ventaja de elección del foro (siempre que la conexión sea razonable), ya que no existe otro daño civil previo –o más directo- cuya reparación pueda compensar ese daño individual asociado directa y claramente al daño ambiental originario y no a otro daño “individual”. Ahora bien, en la práctica, lo normal es que el lugar del daño ecológico y el de los daños privados coincidan. Esto no ampararía⁷³⁰ el supuesto de que, años después del accidente industrial, por ejemplo, una de las víctimas cambie su residencia y allí se verifique una enfermedad que fue consecuencia del accidente, lo que podría dar lugar a la apertura de múltiples foros e injustificados.

Recordamos además que, según el TJCE⁷³¹, el lugar del hecho dañoso es el lugar en el que el hecho generador despliega sus “efectos perjudiciales”, esto es, donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta. No obstante, en nuestro supuesto de hecho de daños transnacionales (daños verificados en un tercer Estado y litigio planteado en un Estado miembro de la UE, donde está domiciliada la matriz), no tendría gran relevancia tal problemática porque lo más probable es que el foro del art. 7.2 no se utilice. Esto es, como el foro del

⁷³⁰ Nótese la diferencia en lo que se defiende: no es lo mismo que se niegue el foro del 7.2 a los demandantes por daños ambientales (civiles) por ser, por ejemplo, el lugar en el que se pretende demandar, el de generación del daño o, en caso de que el daño se verificara en la UE, el de verificación del daño, que, por otra parte, considerar que cualquier lugar en el que se verifique alguna consecuencia perjudicial pueda ser considerado el “lugar del daño”, interpretación ésta a la que nos oponemos.

⁷³¹ STJCE as. *Zuid Chemie*, op.cit., fd. 27 a 29. En este caso, en el que en el curso de producción de un fertilizante, un producto intermedio –micromix- quedó contaminado inutilizando el fertilizante, el demandante defendía que el daño se había producido donde el fertilizante –producto final- quedó inutilizado; el demandado, por su parte, defendía que era el lugar en el que el producto intermedio se había contaminado. El TJCE dictaminó que el lugar del hecho dañoso era el lugar en el que el producto intermedio se transformaba en fertilizante, ya que era en ese momento/lugar en el que se causa el perjuicio material a la empresa *Zuid-Chemie*.

lugar del daño no sirve para demandar en un tribunal de un Estado miembro – del domicilio de la matriz- a una empresa no domiciliada y por tanto no supone ninguna ventaja adicional, lo probable será que, antes de optar por el foro del lugar del hecho generador del daño para demandar a la matriz sí domiciliada, se recurra al foro del domicilio del demandado en un Estado miembro de la UE. Alegando precisamente esta pérdida de la finalidad del art. 7.2 respecto del art. 4, junto con la finalidad de la norma de que el demandado por un daño ambiental cargara con los costes de la internacionalidad del litigio, algunos autores⁷³² han defendido que pueda ser considerado como “lugar del daño” el lugar donde se verifican las consecuencias *directas* del mismo, tanto civiles como ambientales –manteniendo la *razonabilidad* de la conexión⁷³³-, ya que ambos comparten hecho generador pero siguen derroteros distintos⁷³⁴.

4.2.4. Otros foros relevantes para nuestro supuesto de hecho.

4.2.4.1. Foro de atracción en caso de sucursales, agencias o establecimientos secundarios.

En caso de sociedades domiciliadas en un Estado miembro con una sucursal, agencia o establecimiento secundario⁷³⁵ en un Estado miembro distinto, aquélla también podrá ser demandada en el lugar del establecimiento

⁷³² Vid., P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, op.cit., pp. 393 y ss., y bibliografía allí citada.

⁷³³ Más importante que el establecimiento de límites cerrados a la regla de la ubicuidad nos parece el juicio de razonabilidad del foro que puede realizar el juez del caso concreto, para no vulnerar los principios internacionales de protección ambiental ni el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado. Vid, sobre los criterios de imputación, A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 443 y ss; G. BALLESTEROS PINILLA, “La contaminación...”, op.cit., punto III, B); P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, op.cit., pp. 221 y ss.

⁷³⁴ IBÍDEM, p. 402.

⁷³⁵ Se trata de conceptos autónomos, propios y válidos sólo a efectos del Reglamento 1215/2012, que los considera ampliamente, incluyendo cualquier forma de relación *jurídicamente dependiente* y con un *mínimo de organización comercial y presencia física de manera permanente* en el exterior, como *prolongación de la sociedad controlante*. Vid., STJUE 19 julio 2012, as. *Mahamdía*, C-154/11, fd. 48, STJCE 22 noviembre 1978, as. *Somafer*, 33/78, fd. 12; STJCE 18 marzo 1981, as. *Blanckaert vs. Trost*, C139/80, fd. 12; entre otras; vid., A.M. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 113. En la STJCE 9 diciembre 1987, as. *Schotte Parfums Rothschild*, 218/86, se extendió a las “falsas filiales”, que actúan bajo el mismo nombre, tengan la misma dirección y actúen y celebren negocios en su nombre. Ampliamente sobre el particular, M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, op.cit., pp. 284-287.

de la sucursal en virtud del artículo 7.5⁷³⁶ (generalmente coincidirá con el lugar del daño en caso de responsabilidad extracontractual), no así si la domiciliada fuera la filial y quisiera demandarse a una matriz no domiciliada, en cuyo caso el Reglamento 1215/2012 no sería aplicable y habría que estar, como veremos, a la normativa nacional del Estado miembro en el que se presentase la demanda⁷³⁷. El TJCE ha dejado clara la aplicabilidad de este artículo a los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de la actividad de la sucursal (vid., STJCE 22 noviembre 1978, as. *Somafer*, op.cit., fd. 13)

La cuestión de si esta norma puede también emplearse en casos de filiales, que no sean dependientes jurídicamente –esto es, que forman parte de un grupo societario- ha sido abordada ya por la doctrina. Afirmar tal posibilidad conllevaría la posibilidad de demandar a la filial ante los tribunales del lugar de su domicilio (ex art. 4) y también a la matriz (ex art. 7.5). Para P. MANKOWSKI, quien se posiciona a favor de que la relación empresarial sea irrelevante, “if subsidiaries and formally separated legal entities were excluded from the realm of (5), disaster would dawn and the floodgates for strategic and opportunistic behaviour would be opened”⁷³⁸. Igualmente, argumenta que no debe cargar el demandante con el coste añadido de investigar el tipo de relación societaria que existe entre la empresa principal y la secundaria.

También lo considera posible, en atención a los principios de responsabilidad empresarial, de protección del medio ambiente y de tutela judicial, C. VON BAR⁷³⁹, que admite su aplicación a filiales si existe una unidad o

⁷³⁶ Este foro de atracción responde a la regla del Derecho norteamericano del *doing business*, si bien de manera más limitada que aquélla. Responde a una razón de proximidad y mejor organización del proceso (STJCE 22 noviembre 1978, as. *Somafer*, 33/78) y a que, si una sociedad se “sumerge” en un mercado está aceptando la posibilidad de ser demandada allí siempre que exista una instalación permanente. Para más información vid. A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 660; G. VAN CALSTER, “The Role of...”, op.cit., p.130.

⁷³⁷ Sobre los foros de competencia residual, para España y para otros países de la UE, vid., pp. 348-370 .

⁷³⁸ op.cit., p. 281. No opina igual, M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, op.cit., p. 281, nota 29, quien lo condiciona la aplicación del artículo para demandar a la matriz en el domicilio de la filial de la UE a que la filial actúe en el tráfico como una sucursal.

⁷³⁹ “Environmental..”, op.cit., p. 337.

control económico y cuando aquéllas comercian bajo una misma denominación, apoyándose en la definición autónoma que el TJCE hace de “sucursal” en la STJCE 9 diciembre de 1987, as. *SAR Schotte GmbH vs. Parfums Rothschild SARL*, C-218/86, en línea con lo que se ha llamado la “falsa filial” o la “filial aparente”, que es un mero medio de la sociedad madre⁷⁴⁰.

Cabría cuestionar si la denominación semejante debe ser requisito indispensable cuando existe unidad del grupo. En nuestra opinión, no debiera ser más que un indicio más, pero no un requisito indispensable, ya que por sí mismo no demuestra que la filial sea *falsa*. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual por daños ambientales, en el que se nos presentan acreedores *involuntarios*, que no se forjaron previamente una percepción de “apariencia” de la sociedad que condicionara sus decisiones contractuales, la defensa de este argumento que, en el fondo, está basado en el *principio de apariencia*, es más discutible. En cuanto a la posibilidad de utilizar este foro para las filiales, nos posicionamos a favor, aunque hay que recordar que no sería aplicable en caso de filiales no domiciliadas.

4.2.4.2. Foro especial por conexidad procesal: el art. 8.1 del Reglamento 1215/2012 y el litisconsorcio pasivo.

Sí podría demandarse de acuerdo al Reglamento a ambas sociedades –o a más de dos-, filial y matriz, ante los tribunales del lugar del domicilio de cualquiera de ellas, siempre que ambas estén *domiciliadas en la UE*, aunque sea en diferentes Estados miembros, si se cumplen los requisitos del litisconsorcio pasivo⁷⁴¹ del art. 8.1 que establece un foro especial por razón de

⁷⁴⁰ A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p. 661, citando a F. SALERNO; igualmente, A.M. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 114, admitiendo que en caso de falsas filiales, puramente instrumentales, sí pudiera demandarse a la matriz ante el domicilio de aquélla.

⁷⁴¹ Para un estudio pormenorizado vid., I. HEREDIA CERVANTES, op.cit., pp. 117 y ss.; y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 211 y ss.; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, 1996, pp. 39-82. Vid. también, en relación a los grupos de sociedades, A.M. BALLESTEROS BARROS, op.cit., pp. 104 y ss. El TJUE está ampliando recientemente el ámbito de aplicación de este artículo, vid. STJCE de 11 octubre 2007, as. *Freeport plc vs. Olle*

conexidad procesal⁷⁴².

Esto es, se requiere que haya entre las demandas una conexión de tal naturaleza que exista un interés en tramitarlas y juzgarlas conjuntamente para evitar soluciones inconciliables⁷⁴³, no necesariamente excluyentes. Por tanto, el demandante podrá presentar la demanda contra todos los demandados en cualquiera de los Estados en los que alguno de ellos esté domiciliado, siempre dentro del territorio de la UE pero con independencia del lugar de producción del daño:

Art. 8: “Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: 1) si hay varios demandados, ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente; (...)”

A pesar de que el régimen de normas de jurisdicción de Bruselas I (entiéndase desde el Convenio de Bruselas) fue concebido para la litigación individual⁷⁴⁴, en esta norma encontramos una limitada referencia a las acciones

Arnoldsson, C-98/06; STJUE de 1 diciembre 2011, as. *Eva Maria Painer* op.cit., C-145/10; STJUE 11 abril 2013, as. *Land Berlin vs. Ellen Mirjam Sapir et al*, C-645-11. Citados por: B. HESS, “Collective redress and the jurisdictional model of Brussels I Regulation”, en: A. NUYTS & N. HATZIMIHAL (eds.), op.cit., p. 61.

⁷⁴² En este sentido, vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal...*, op.cit., pp. 212-216. Es también un foro de competencia territorial. Vid. A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op.cit., vol II., p. 955.

⁷⁴³ Vid., STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto *Kalfelis vs. Banco Schroeder y otros*, C-189/87, fd. 12; en esta sentencia, el tribunal interpreta dicho artículo exigiendo una conexión entre las demandas formuladas contra distintos demandados “en el momento de formulación de la demanda, (...) de manera que exista un interés en tramitarlas y juzgarlas conjuntamente para evitar soluciones que pudieran ser contradictorias si los litigios se juzgaran por separado” (Fundamento 12). La naturaleza de dicha conexión deberá ser *determinada de manera autónoma*, no de acuerdo a cada Derecho nacional (Fundamento 10). Vid. también, entre otras: STJCE, as. *Réunion européenne y otros*, op.cit., pf. 48; STJCE 13 julio 2006, as. *ReischMontage AG contra Kiesel Baumaschinen Handel GmbH*, C-103/05; STJCE 6 diciembre 1994, as. *Tatry*, C-406/92, fd. 58; STJCE 11 octubre 2007, as. *Freeport plc vs. Olle Arnoldsson*, C- 98/06, fd. 46.

⁷⁴⁴ Vid., M. WATT, “Brussels I and aggregate litigation on the case for redesigning the common

con pluralidad de partes⁷⁴⁵, si bien sólo referida a los demandados –no es aplicable en caso de pluralidad de demandantes⁷⁴⁶-. Como ha confirmado la jurisprudencia del TJUE recientemente, no decae la competencia respecto de los codemandados en caso de que el demandante desista en la demanda contra el demandado sí domiciliado -que en principio, en el momento de presentación de la demanda, justificó la competencia judicial internacional- o bien la acción sea desestimada⁷⁴⁷.

Ahora bien, los codemandados tienen que estar domiciliados en algún Estado miembro. Y es que, en virtud del artículo 6 del Reglamento, el litisconsorcio pasivo del 8.1 no puede aplicarse a no domiciliados⁷⁴⁸. Es ésta una cuestión problemática y necesitada de regulación, como podremos comprobar a lo largo de este capítulo, ya que la pluralidad y heterogeneidad de las normas nacionales aplicables en cada uno de los Estados miembros –en defecto de norma supraestatal-, de manera no coordinada, resultan en una suerte de “jurisdictional kaleidoscope vis-à-vis third countries which promotes

judicial area in order to respond to changing dynamics, functions and structures in contemporary adjudication and litigation”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2, 2010, pp. 111- 116, p. 112.

⁷⁴⁵ También la encontramos en el art. 30 del Reglamento 1215/2012, pero no se trata de una norma de jurisdicción.

⁷⁴⁶ Sobre su aplicación a demandantes en los Países Bajos en dos casos de acciones colectivas, vid. *infra*, capítulo III.

⁷⁴⁷ “El artículo 6, punto 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que la regla de concentración de competencias en caso de pluralidad de demandados que esa disposición establece puede aplicarse en el supuesto de una acción para la condena solidaria al pago de una indemnización y para la presentación de informaciones en ese contexto contra empresas que han participado de forma diferente por la dimensión geográfica y temporal en una infracción única y continuada de la prohibición de cárteles prevista por el Derecho de la Unión, declarada por una decisión de la Comisión Europea, y ello incluso si el demandante ha desistido de su acción frente al único codemandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto, a menos que se acredite la existencia de una colusión entre el demandante y el referido codemandado para crear o mantener de forma artificial las condiciones de aplicación de esa disposición en el momento de ejercitarse la acción”. Vid., STJUE, (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015, as. *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-252/13, pº 73.

⁷⁴⁸ Así lo confirmó también el TJUE en la sentencia de 11 de abril de 2013, *Sapir y otros*, op.cit., C-645-11. No obstante existen excepciones en materia de foros exclusivos.

opportunistic forum shopping within the EU”⁷⁴⁹, en contra del carácter global y coherente⁷⁵⁰ que se le ha atribuido al Reglamento, el cual ha llevado a formular propuestas⁷⁵¹ para considerar extender las normas del mismo a los no domiciliados en algunos supuestos⁷⁵² como parte del proceso de comunitarización del Derecho internacional privado.

Así, algunos autores⁷⁵³ defienden que el artículo 8.1 pueda ampliarse a los no domiciliados⁷⁵⁴ dado que su argumento o razón de ser es igualmente aplicable a tales situaciones, siempre que las demandas estén tan

⁷⁴⁹ M. VIRGÓS Y A. CAMBRONERO (coord.), *Comparative Study of Residual Jurisdiction in civil and commercial disputes in the UE, Spain, Lex Mundi Project, European Commission*, p.13. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_spain_en.pdf [Consulta 10/11/2013].

⁷⁵⁰ Vid., A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences”, *Yearbook of Private international Law*, vol. 8, 2006, pp. 37-52.

⁷⁵¹ Propuesta del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (en adelante, GEDIP), vid. Vid., A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La aplicación..”, op.cit., pp. 795-814. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, documento COM (2010), 748 final, de 14 diciembre 2010. Ésta, en relación a los no domiciliados, de menor alcance que la del GEDIP, op.cit.

⁷⁵² En su propuesta, el GEDIP recomendaba añadir un nuevo párrafo al entonces artículo 4 (hoy 6), de manera que éste quedaría como sigue: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo [hoy, 4 a 9].” Y se añadiría: “Las personas no domiciliadas en ninguno de los Estados miembros solo podrán ser demandadas ante los tribunales de un Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 8 del presente capítulo”, incluyendo así un foro subsidiario y un fórum necessitatis. En el mismo sentido respecto de la aplicación del art. 7.2. a no domiciliados, vid., I. PRETELLI & L. HECKENDORN, op.cit., p.46; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, No 1, pp. 245-255.

⁷⁵³ I. PRETELLI & L. HECKENDORN, op.cit., p.11. Estos autores también extienden esta argumentación a los artículos 8.2. y 8.3 del Reglamento, para la intervención de terceros en el proceso y las reconveniones.

⁷⁵⁴ El artículo 4.2 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre competencia, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil, COM (2010) 748, sí proponía ampliar su aplicación a los demandados no domiciliados. No obstante, ya el Parlamento europeo, en el Borrador del informe sobre la propuesta (2010/0383-COD, pp. 7, 8, 13 y 47), de 28 de junio de 2011, se mostró disconforme con esta ampliación de la competencia que hacía necesarios “una consulta amplia y un debate político”. Finalmente, el Reglamento Bruselas 1215/2012 no contempla esta posibilidad más que de forma limitada en el ámbito de protección del consumidor y del trabajador. Vid., C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “El Derecho internacional privado de la UE...”, op.cit., pp. 367-400.

estrechamente conectadas que sea necesario juzgarlas conjuntamente para evitar el riesgo de resoluciones contradictorias. Esa conexión se presupone si las demandas son substancialmente las mismas en hechos y Derecho⁷⁵⁵, por ejemplo, que sean deudores conjuntos o hayan participado conjuntamente en la comisión de un ilícito (en este último caso, siempre que tuvieran relación entre ellos antes de que se produjera el hecho dañoso).

Y es que, como bien se apunta, no aceptar esta solución implicaría tratar peor, *ceteris paribus*, a los domiciliados en la UE que a los domiciliados en terceros Estados en cuanto a su exposición a los tribunales. En esta línea, la Comisión ya señaló en su propuesta (cit. *supra*) cómo la imposibilidad de aplicar el Reglamento a los no domiciliados genera desigualdades en el acceso a la justicia entre las empresas de la UE que negocian con socios europeos, ya que dependiendo del Estado miembro⁷⁵⁶, podrán o no, cómo veremos, litigar en la UE, aun cuando no exista otro foro disponible que garantice un proceso con todas las garantías. A esto añadimos que también se generan ventajas competitivas para aquellas empresas filiales de terceros Estados –y con ello, para sus matrices respectivas- que, por su situación, saben que difícilmente podrán ser demandadas en Europa y, por tanto, tendrá más posibilidades de no responder por los daños causados en terceros Estados.

Estos argumentos son extensibles a la posibilidad de plantear acciones

⁷⁵⁵ El Tribunal de Luxemburgo precisa que no es necesario que los fundamentos jurídicos de ambas demandas sean *idénticos* cuando la base para la competencia judicial internacional del tribunal sea el art. 2 (ahora 4) del Reglamento, siempre que se cumplan los demás requisitos para su aplicación. Vid., STJCE 11 octubre 2007, as. *Freeport plc vs. Olle Arnoldsson*, C-98/06, fd. 46.

⁷⁵⁶ La competencia residual será abordada en el apartado referido a las normas de producción interna en Derecho comparado, vid. *infra*. Un caso paradigmático y reciente que ilustra la problemática de los grupos societarios y las posibilidades que ofrecería un foro de conexidad aplicable a los no domiciliados común para todos los Estados parte del Reglamento, es el caso *Akpan vs. Shell*, cuyo desarrollo merecerá una atención especial *infra*. Nótese que una de las cuestiones más significativas del caso, que aplica un foro de conexidad del ordenamiento interno neerlandés, es si la competencia judicial internacional se mantiene respecto de la demanda conexas aun si la principal se desestima, como ocurrió en la primera instancia del caso Shell. El Tribunal de Distrito de La Haya no dudó en afirmar su competencia judicial internacional respecto de aquella, porque la conexidad se determina, a su juicio, en el momento inicial de presentación de la demanda. Sin embargo, algunos autores critican esta interpretación. Vid., H. M. WATT, "Article 6", en: A. MAGNUS & P. MANKOWSKI (ed.), op.cit., p.315; I. HEREDIA CERVANTES, op.cit., p. 158.

colectivas en el seno de la UE para las demandas por daños ambientales frente a multinacionales, tanto con pluralidad de demandantes como de demandados, añadiendo motivos de economía procesal⁷⁵⁷. La única referencia que acabamos de tratar es a todas luces insuficiente si tenemos en cuenta que los cambios que se han producido en la sociedad contemporánea, como la expansión de la producción en masa, la diversificación de la propiedad empresarial, el papel cada vez más importante de las multinacionales, la frecuente verificación de daños ambientales transnacionales, las vulneraciones del Derecho de la competencia, los nuevos instrumentos financieros o las innovadoras prácticas de *marketing*, entre otros⁷⁵⁸. Estas realidades que por lo general implican intereses supraindividuales⁷⁵⁹, han provocado un aumento de la litigación transnacional con una pluralidad de partes al que el Derecho debe dar respuesta.

En este sentido, no compartimos con P. MOSCOSO RESTOVIC que ante grupos transnacionales en los que existe dependencia estemos ante un único demandado⁷⁶⁰, como ha quedado explicado en el capítulo I. Esto así porque

⁷⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo, Estrasburgo, 11 junio 2013, COM (2013) 401. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0401:FIN:ES:PDF> [Consulta: 14/6/2014]. Lo abordaremos ampliamente en el capítulo III.

⁷⁵⁸ Motivos atribuidos al incremento de la litigación colectiva en la sentencia de la Corte Suprema de Canadá, 13 julio 2001, as. *Western Canadian Shopping Centres Inc vs. Dutton* [2001, 2 SCR 534] disponible en: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/WesternCanadian_v_Dutton.pdf [Consulta 11/6/2013]. Vid., L. GORYWODA, N. HATZIMIHAİL & A. NUYS, "Introduction...", op.cit., p. 46.

⁷⁵⁹ "At the bottom of these lawsuits there are usually interests of a larger group or even a public interest although they might formally appear as two-party cases". Vid., D. CORAPI, "Class actions", en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN, *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, 2012, 496 pp., p. 4, haciendo referencia al informe de A. STADLER para Alemania en el tema de los remedios colectivos.

⁷⁶⁰ Vid., P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, op.cit., pp. 323, 324, 327: "No obstante, en el caso de las empresas transnacionales el demandado, que es uno solo, está compuesto por varias sociedades distribuidas en distintos Estados (...); "En tales casos hablamos de una misma empresa, que puede ser eventual demandado internacional. En otras palabras, no hablamos de varios demandados distintos, como sería en principio la hipótesis a la que se refiere el artículo 8.1 del Reglamento (UE) No. 1215/2012."; "de lo anterior deducimos que el artículo 8.1 del Reglamento (UE) No. 1215/2012 podría ser aplicable a un demandado multinacional, entendiendo que los "varios demandados" a los que hace referencia el artículo son en realidad sociedades pertenecientes a una misma empresa." No se trata en absoluto, jurídicamente hablando, de la misma empresa.

mientras que la personalidad jurídica de las sociedades siga siendo diferenciada y no se otorgue alguna entidad jurídica al grupo como tal, *ex lege*, sin necesidad de levantar el velo, siempre estaremos ante varias sociedades que conforman un grupo –carente de entidad a efectos procesales–, con lo que el foro por conexidad procesal tendrá un papel clave para su tramitación conjunta y una mejor administración de justicia.

A propósito del estudio, *infra*, de las normas de competencia residual de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, veremos cómo la heterogeneidad de las mismas no ofrece en absoluto soluciones previsibles ni coherentes con los fines y principios tanto jurídicos como económicos de la UE. En nuestra opinión, como formularemos en las propuestas de *lege ferenda*, un foro de conexidad procesal abierto a no domiciliados en determinados supuestos, en especial en materia de responsabilidad de grupos societarios⁷⁶¹, sería muy positivo en la mejora del acceso a la tutela judicial efectiva y de la correcta administración de justicia y consecución de un mercado común.

Eso sí, no hay que olvidar, como abordamos en el Capítulo I, que no bastaría con la apertura del foro sino que, además, la *lex causae* deberá reconocer tal acción de responsabilidad de la sociedad dominante por los actos de la filial, en la modalidad que fuese. No compartimos con A.M. BALLESTEROS BARROS que sea necesario que la *lex fori* permita la acumulación de pretensiones ya que, si el Derecho aplicable al fondo así lo admite, siendo competente el tribunal, deberá garantizarse aquél para que no quede vacío de contenido. En línea con nuestro argumento, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ afirman que: “(...) si el Derecho extranjero atribuye un derecho subjetivo, una “acción procesal”, a un individuo, éste podrá ejercitarla ante un juez español aunque el Derecho sustantivo español desconozca esa acción procesal y aunque el Derecho procesal español no disponga de un procedimiento al efecto(...). Si [éste] no existe, se aplicarían por analogía las

⁷⁶¹ Vid., A.M. BALLESTEROS BARROS, *op.cit.*, p. 109.

normas que disciplinan un procedimiento procesal similar sí recogido en Derecho procesal español”⁷⁶².

4.2.4.3. Foro para la acumulación de ilícitos civiles con ilícitos penales.

La posible concurrencia con ilícitos penales está también prevista en el artículo 7.3, al establecerse que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro en los siguientes términos: “si se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil”.

Para ello, hace falta verificar tres requisitos⁷⁶³: a) Que un tribunal de un Estado miembro en el Reglamento 1215/2012 o en el Convenio de Lugano de 2007 resulte competente para conocer del asunto penal. En el caso español, vid. art. 23 de la LOPJ. b) Que el ilícito que cause el daño esté tipificado como falta o delito en el ordenamiento del Estado del foro (vid. artículos 23.1 y 2 de la LOPJ)⁷⁶⁴. En España, en relación a daños ambientales vid. artículos 325 y ss. del Código Penal (CP)⁷⁶⁵. c) Por último, que el ordenamiento del Estado del acaecimiento del ilícito deba permitir que la responsabilidad civil sea resuelta en el seno del proceso penal. Así ocurre en España, según los artículos 108 a 112 de la LEC y 109.2 del CP.

Compartimos con A. CRESPO HERNÁNDEZ que la intención de este foro,

⁷⁶² Vid., Derecho..., vol. I, op.cit., p. 144.

⁷⁶³ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La responsabilidad...”, op.cit., p. 337.

⁷⁶⁴ En Derecho comparado, la dificultad para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas suele dificultar el empleo de este foro de competencia. IBÍDEM, p. 337.

⁷⁶⁵ Modificado recientemente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015. En vigor desde el 1 de julio de 2015.

criticado por introducir criterios penales de atribución de jurisdicción –a menudo exorbitantes y basados en intereses nacionales- en la materia civil⁷⁶⁶, es favorecer la *economía procesal* y evitar los conflictos que pudieran darse cuando, en virtud de las normas de Derecho internacional privado, un tribunal no resulta competente para conocer de la demanda de responsabilidad civil derivada de delito (que no pierde por ello su naturaleza civil⁷⁶⁷), pero sí resulta competente respecto del ilícito penal de acuerdo a las normas internas de atribución de la competencia judicial internacional en materia penal⁷⁶⁸. Como el Reglamento se aplica con independencia del órgano jurisdiccional que conozca del mismo y dado que la acción de responsabilidad civil –por daños y perjuicios- se considera, de acuerdo a la calificación autónoma, materia civil, el art. 7.3 podrá aplicarse siempre que el tribunal sea competente penalmente y, de acuerdo a sus normas internas, también pueda conocer de la acción civil.

Este foro ha sido escasamente aplicado. Generalmente las víctimas preferirán ejercitar la acción civil ante la jurisdicción civil porque suelen obtener una mejor reparación del daño medioambiental. Así ocurrió en el caso Amoco Cádiz, en el que se disoció la acción penal –ante tribunales franceses- y la civil –ante los norteamericanos-⁷⁶⁹. No obstante, a veces no ocurre así. En España, de hecho, como vimos *supra*, tanto en el caso *Prestige* como el *Mar Egeo* o *Aegean Sea*, se acumularon ambas acciones ante el tribunal penal sin que éste

⁷⁶⁶ Por ello, algunos autores defienden que, en el marco del CEDH, sólo podría otorgarse la competencia para conocer de la acción civil al tribunal competente en materia penal siempre que esta competencia penal se haya basado no en un criterio exorbitante sino en uno mínimamente próximo al objeto de litigio. Vid., P. SCHLOSSER, “Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in relation to National Law and to the Brussels Convention”, *Rivista di Diritto Internazionale*, nº 74, 1991, pp. 24 y ss; K. M. MESSEEN (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Kluwer Law International, London, 1996, pp. 98 y ss; L.R. KIESTRÁ, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, Asser Press, The Netherlands, 2014, pp. 85 y ss.

⁷⁶⁷ Vid., R. ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 80 y ss; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, op.cit., pp.184-188 y amplia bibliografía allí citada.

⁷⁶⁸ Nótese que si el juez penal es competente también de acuerdo a las normas de competencia judicial internacional aplicables, para conocer de la acción civil, no se plantea ningún problema.

⁷⁶⁹ También en el caso *Montedison*, cit. *supra*; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, op.cit., pp. 191 y ss.

tuviera en cuenta, en el último caso, la naturaleza civil de la pretensión indemnizatoria a la hora de determinar la competencia sobre la acción civil que en primera instancia se consideró de naturaleza penal y, en segunda, se atribuyó en base al art. 5.4. del Convenio de Bruselas⁷⁷⁰ (predecesor del Reglamento y de igual contenido respecto al artículo). Tanto la primera resolución como la segunda han sido muy criticadas por la doctrina por la inadecuada fundamentación de la competencia judicial internacional, especialmente la primera de ellas⁷⁷¹.

4.2.4.4. Foro para la adopción de medidas preventivas.

Si bien el Reglamento Bruselas I no modificó sustancialmente el 5.3 del Convenio de Bruselas, recogiendo el mismo criterio de competencia, sí introdujo una norma específica para la adopción de medidas preventivas o de cesación de la conducta lesiva en caso de daños al medio ambiente, con un papel importante en la prevención de dichos daños, al incluir en la redacción del artículo (que se ha mantenido en el art. 7.2): “(...) el lugar donde se haya producido o *pueda producirse el hecho dañoso*”. No obstante, ya con el Convenio de Bruselas la doctrina se posicionaba a favor de que éstas pudieran plantearse acudiendo a los tribunales competentes según el Bruselas I para la materia delictual o cuasidelictual⁷⁷².

Así, esta posibilidad de plantear acciones preventivas se presenta, para los riesgos transfronterizos o transnacionales, tanto en el Estado donde se cree que van a producirse los daños como en el Estado en el que se espera que se

⁷⁷⁰ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de A Coruña de 30 abril 1996 y SAP A Coruña 18 junio 1997 [ID CENDOJ: 15030370031997100162].

⁷⁷¹ Vid., *supra*, en el mismo capítulo, pp. 246 y ss.

⁷⁷² Un estudio en profundidad de la evolución de las acciones preventivas en el marco de la U.E., con el Convenio de Bruselas y posteriormente con el Reglamento 44/2001 en: K. FACH GÓMEZ, “Competencia judicial internacional en materia de acciones preventivas: Interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 225, octubre 2003, año XIX, pp. 83-91. También, con anterioridad al Reglamento 44/2001, vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, La responsabilidad..., op.cit., pp.197-205; también, vid., Propuesta del Reglamento CE del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM 1999, 348 final.

cometa el acto ilícito. No obstante, el hecho de que sea necesaria que la *lex fori* admita el ejercicio de acciones preventivas –algunas jurisdicciones lo condicionan a la existencia de un interés actual o a la ilegalidad de la situación⁷⁷³ - hace que no en todos los Estados puedan reconocerse pretensiones de este tipo, teniendo en cuenta que la falta de criterios claros que permitan la aplicación del foro del 7.2. respecto de daños futuros o hipotéticos puede llevar a situaciones dispares e inciertas. Compartimos la propuesta utilizada por la Conferencia de La Haya de introducir el criterio de previsibilidad del foro para limitar la extensión ilimitada del lugar del daño futuro y, con él, de las jurisdicciones competentes, más aún en asuntos medioambientales donde un daño en un lugar puede afectar a tantos otros Estados de la manera más imprevisible⁷⁷⁴ y, por otra parte, para que esa laxitud no pueda justificar que los tribunales eviten identificarse con el posible *locus damni* alegando que “cualquiera podría ser”, al igual que hizo el tribunal neerlandés cit. *supra*.

Asimismo, también podrían establecerse otros criterios más concretos aún, como el lugar en el que la actividad peligrosa se realice o vaya a realizarse⁷⁷⁵, la cual parece estar en la raíz del daño y, por tanto, parece el mejor foro para evitar posibles perjuicios, o el lugar en el que se adopten las decisiones de seguridad y protección del medio ambiente que, en caso de grupos societarios, suele ser el domicilio de la matriz y podría identificarse con

⁷⁷³ K. FACH GÓMEZ, “Competencia judicial...”, op.cit., p. 88, y bibliografía allí citada.

⁷⁷⁴ Piénsese, por ejemplo, en la contaminación de las aguas del mar que puede afectar a la pesca de otros Estados, que puede llegar con las corrientes a otras costas, que puede perjudicar la salud de individuos en la otra parte del mundo que coman pescado de esa zona, etc. Ya lo anticipó un tribunal neerlandés en 1978, citado por K. FACH y que reproduzco literalmente por la lucidez sobre este problema de los daños futuros: “A nuclear disaster could cause damage in virtually the whole of Europe and it is entirely uncertain, and dependent upon fortuitous circumstances like wind direction, where the damage will arise. If the mere threat of damage is sufficient for jurisdiction of a court to be assumed at places where that damage might perhaps arise, virtually every european court would have to be considered to have jurisdiction. This cannot be the intention of the provision of the Convention”. Vid. Pres. Rb. Middelburg 24 abril 1978, De Stichting Natuur en Milieu y otros contra Verenigde Energiebedrijven van het Scheldeland EBES, 1990, International Litigation Procedure, p.246, en: K. FACH GÓMEZ, “Competencia judicial...”, op.cit., p. 88.

⁷⁷⁵ Es el criterio que incorpora el Convenio de Lugano de 1993, cit. *supra*., que no ha entrado en vigor por falta de ratificaciones. Vid., arts. 18 y 19.

el lugar del potencial “hecho generador” del daño, a elección del demandante (entre éste y el de “verificación” potencial).

Algunos autores defienden, con independencia de estas medidas específicamente preventivas, la función disuasoria que debe tener cualquier decisión judicial respecto de futuros hechos dañosos, también en el ámbito procesal y, por tanto, en la determinación de la competencia judicial internacional. Los teóricos del análisis económico del Derecho en el ámbito de la responsabilidad extracontractual postulan “la necesidad de desplazar el interés jurídico desde un fin indemnizatorio a un fin social preventivo”⁷⁷⁶ que también alcanza a las normas procesales accesorias⁷⁷⁷.

4.2.4.5. Foro para la adopción de medidas cautelares.

Si las medidas cautelares –necesarias para garantizar la ejecución de la sentencia a la que dé lugar el proceso⁷⁷⁸- se plantean en el marco de un procedimiento ya iniciado ante un tribunal de un Estado miembro, éste,

⁷⁷⁶ M.P. MOSCOSO RESTOVIC., “Lugar del hecho.....”, op.cit., p. 238 y bibliografía allí citada, en especial, sobre la consideración del análisis económico del Derecho: R. POSNER, “El análisis económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico y en las naciones en desarrollo”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, nº 7, 2005, pp. 7-16; R.P. MALLOY, *Derecho y Economía de Mercado. Una nueva interpretación de los valores del Derecho y de la Economía*, Marcial Pons, 2007, pp. 138-150.

⁷⁷⁷ Excluimos de nuestro estudio los daños punitivos por su mayoritario rechazo por la doctrina cualificada y porque no es necesario que estos existan para que exista una respuesta judicial disuasoria que cuadre mejor en nuestro sistema jurídico. Sobre los *punitive damages*, vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado español y europeo”, en: M.J. HERRADOR GUARDIA (COORD.), *Derecho de Daños*, Ed. Aranzadi, 2013, pp. 383-464.

⁷⁷⁸ El mismo Reglamento prevé un concepto autónomo de “medida cautelar”. En el Considerando nº 25 se refiere a ellas en los siguientes términos: “El concepto de medidas provisionales y cautelares debe incluir, entre otras, las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. No debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo. Esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”. Y, por su parte, el Tribunal de Luxemburgo las ha definido como aquellas que en el ámbito de aplicación del Reglamento, están destinadas a “mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconcimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto”. Vid., STJCE 26 marzo 1992, as. *Reichert y Kockler*, C- 261/90, pº 34.

conocedor del litigio principal y con competencia judicial internacional en base a cualquier artículo del Reglamento⁷⁷⁹, podrá conocer de las medidas cautelares, para garantizar, al mismo tiempo que la vinculación mínima razonable con el proceso, el principio de eficiencia. Está por tanto su competencia judicial internacional basada en el foro principal del asunto.

Ahora bien, existe también el Reglamento 1215/2012 un foro específico de competencia –según la interpretación doctrinal mayoritaria- para tales medidas cautelares, que encontramos en el art. 35: “Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”. Así, se pretende facilitar y acelerar la ejecución de la eventual resolución que se obtenga como resultado del proceso en el país donde aquélla deba cumplirse⁷⁸⁰ y de acuerdo a sus propias previsiones internas⁷⁸¹, siempre que se cumpla que los bienes afectados se hallen en territorio de la UE y que los derechos que se pretenden proteger estén comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento⁷⁸².

En nuestro supuesto de hecho, en general, el lugar en el que interesará instar alguna medida cautelar será en el del domicilio de la matriz. No obstante,

⁷⁷⁹ Esto incluye el supuesto de que la norma que finalmente le atribuyó la competencia fuese nacional, por el art. 6 del actual Reglamento 1215/2012. Así lo afirma, en relación al idéntico art. 4 del Reglamento 44/2001, A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 117. Sobre la competencia para adoptar medidas cautelares, vid., en particular, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento nº44/2001 de la UE”, *DeCITA: Direito do Comércio Internacional*, nº3, 2005, pp. 400-406; A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., pp. 117 y ss. y amplísima bibliografía allí citada.

⁷⁸⁰ Vid., entre otras, STJCE, 17 noviembre 1998, as. *Van Uden*, C- 391/95, pº 39 y las demás allí citadas.

⁷⁸¹ En el caso español estaríamos a lo dispuesto en el art. 727 LEC.

⁷⁸² Vid., A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 118. Y siempre que aquél, lógicamente, sea aplicable. De lo contrario, esto es, en defecto de una norma supraestatal para determinar la competencia en relación a las medidas cautelares –por ejemplo en presencia de no domiciliados, cuestión que debemos tener muy presente en nuestro supuesto de hecho-, nos remitiremos a las normas de producción interna que en nuestro sistema de Derecho internacional privado apuntan al art. 22.5 LOPJ, en términos semejantes: “Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”.

el hecho de que algunas matrices de grupos societarios puedan considerarse domiciliadas en varios Estados por la amplia definición de “domicilio social” (por ejemplo, la matriz del grupo *Shell* es anglo-neerlandesa), podría hacer que ese foro específico del Reglamento resultara interesante a efectos de evitar situaciones como la que se produjo en el caso *Chevron* en el que la ejecución se convirtió en una tarea prácticamente imposible.

4.3. Valoración del régimen supraestatal institucional en atención a los daños ambientales causados por grupos transnacionales.

A la luz de lo explicado, podemos sintetizar los principales problemas en la determinación de la competencia judicial internacional ligados al acceso a la justicia en la siguiente tabla⁷⁸³:

| Si se demanda.... | Solo a la filial (no domiciliada en la UE) | Solo a la matriz (sí domiciliada en la UE) | A ambas |
|---|--|--|--|
| En el país de verificación del daño (no UE) | -Generalmente existirá competencia judicial internacional pero puede ocurrir: a) Que la filial no esté asegurada o sea insolvente. b) Corrupción y conflictos de intereses. c) Deficiente legislación en responsabilidad ambiental de las empresas. | a)¿Cómo acreditar la legitimación pasiva? Difícil prueba de causalidad e indicios de responsabilidad de la empresa extranjera. a) Mismos problemas que en el caso de la filial de corrupción o desarrollo de la legislación en responsabilidad ambiental de las empresas. | Ídem caso filial + caso matriz. |
| En el país de domiciliación de la matriz (UE) | - Que no exista competencia judicial internacional porque el demandado no esté domiciliado, salvo que | - Sí existirá competencia judicial internacional porque el demandado está domiciliado en la UE, | - competencia judicial internacional: dependerá de la norma de |

⁷⁸³ Nótese que la primera fila se encuentra en color gris porque son supuestos que no forman parte de nuestro supuesto de hecho (en el que la litigación tiene lugar en un Estado de la UE), si bien se han planteado para dar una visión más amplia en relación a las opciones y obstáculos con los que se encuentran las posibles víctimas.

| | | | |
|--|---|--|--|
| | <p>exista alguna norma de competencia residual en el EE.MM. en cuestión que lo permita, vía foro de necesidad, por ejemplo.</p> | <p>pero:</p> <p>a) Posibles problemas para probar la relación de causalidad, la legitimación material, los indicios de responsabilidad de la matriz sobre los hechos, etc.</p> | <p>competencia residual del Estado Miembro en cuestión la posibilidad de audiencia conjunta.</p> <p>- Mismos problemas de legitimación respecto de la matriz y de responsabilidad.</p> |
|--|---|--|--|

En definitiva, vemos cómo el régimen institucional presenta varios obstáculos para que los casos de daños verificados extraterritorialmente pudieran ser juzgados en tribunales de algún país de la UE. Si bien el foro del domicilio del demandado es un recurso útil para las víctimas en relación a la empresa matriz –respecto de la cual, no obstante, será muy difícil establecer la relación de causalidad, la legitimación material–, en presencia de un demandado no domiciliado no existen normas institucionales que permitan la atribución de competencia en estos supuestos, por lo que habrá que estar a las normas de producción interna que se caracterizan por su heterogeneidad, como veremos a continuación.

Por su parte, el foro del lugar del daño no es aplicable con demandados no domiciliados por lo que la interpretación del “lugar del hecho generador del daño” no añade ningún efecto útil frente al foro del domicilio del demandado cuando el daño se verifica en un tercer Estado, además de la problemática que puede presentarse según la calificación de daño directo o indirecto que se otorgue a los daños civiles asociados al daño ecológico.

De igual forma, el foro previsto para sucursales presenta también las limitaciones de domiciliación y, según su precisión, la de su aplicabilidad a sociedades jurídicamente independientes. Todo ello limita las posibilidades de acceder a tribunales de países europeos, sin olvidar que el Reglamento 1215/2012 no prevé tampoco un foro de necesidad.

Así, los grupos societarios se ven muy difícilmente expuestos a la jurisdicción de los países de domiciliación de sus matrices –que al final, reciben los beneficios de las actividades riesgosas que dieron lugar a los daños⁷⁸⁴- en los que obtienen numerosas ventajas jurídicas y económicas pero en los que ni siquiera pueden ser cuestionados acerca del cumplimiento de los deberes, sean los que asumen en el país de destino, sean los de origen (en función de la ley aplicable). Los beneficios de acudir a foros europeos en estos casos ya han sido ampliamente expuestos y justificarían la consideración de las modificaciones que proponemos en el epígrafe VII, en atención a los principios de protección medioambiental, de protección de la parte débil, al derecho reconocido por el CEDH al acceso a la justicia, al cumplimiento de los compromisos que en materia de derechos humanos y empresas han adoptado muchos países europeos, etc.

V. La determinación de la autoridad competente según las fuentes de producción interna en el sistema español de Derecho internacional privado.

En España, además de las reglas de origen supraestatal que regulan la competencia, existen otras, de origen interno, que se ubican en dos cuerpos legales diferentes: la LOPJ, cuyas normas determinan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los distintos órdenes jurisdiccionales, y la LEC, que determina la competencia territorial y establece algunas normas sobre cuándo debe declinarse la jurisdicción.

Los foros en el orden civil, no obstante, guardan una gran semejanza con el sistema de foros del régimen supraestatal institucional. Así, encontramos, respecto al tema que nos ocupa, el foro de autonomía de la voluntad de las

⁷⁸⁴ En base a esto, C. STAATH & B. WRAY afirman que “when it comes to multinational corporate groups causing environmental and/or social harm, the idea of territorial proximity needs to be rethought of in order to take into consideration the economic reality of the business entity as well as the needs of victims to be granted an enhanced access to substantive justice, and the needs of the society as a whole in having higher environmental standards globally”. Op.cit., p. 89.

partes, el foro de competencia general del domicilio del demandado y el especial por vínculos estrechos en caso de responsabilidad extracontractual⁷⁸⁵.

Cabe asimismo señalar que la regulación de la jurisdicción de los tribunales españoles está influida no sólo por la normativa europea sino también por el Derecho internacional público, los principios constitucionales y los derechos humanos. Por ello -en especial por el art. 24 de la CE y el art. 6.1 de la CEDH, ambos sobre el derecho a la tutela judicial efectiva- los tribunales españoles deberían aceptar⁷⁸⁶ la competencia sobre un asunto si no existe otro foro alternativo, en base a la institución del *forum necessitatis*, foro que es generalmente aceptado para evitar una denegación de justicia, si bien como un remedio excepcional⁷⁸⁷, entendiéndose que, por lo general, debe existir algún vínculo con España⁷⁸⁸.

En cuanto a la posibilidad de declinar la competencia internacional, no existe una norma explícita en el ordenamiento español que permita declinar la competencia por el hecho de que exista un Estado con tribunales mejor

⁷⁸⁵ Existen, además, foros de competencia exclusivos (art. 22.1 LOPJ), foros de competencia especiales de protección (art. 22. 4 y 5 LOPJ) y otros foros especiales por vínculos estrechos además del previsto para la responsabilidad extracontractual que estudiaremos a continuación (art. 22.3 LOPJ). Con la modificación de la LOPJ, atenderemos respectivamente a los artículos 22, 22 *quiquies in fine* y 22 *quiquies b*).

⁷⁸⁶ Es el foro de necesidad una institución cuya admisión en Derecho español viene defendida por la doctrina mayoritaria. Entre otros, vid., A. L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., op.cit., vol. I, p. 158; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y M. VIRGÓS SORIANO, Derecho procesal..., op.cit., p. 76.

⁷⁸⁷ Sin embargo, no se han limitado los tribunales españoles a situaciones en las que el posible foro alternativo esté en un Estado en guerra o desestabilizado), sino también a otros condicionantes -naturaleza de la acción, fondo del litigio, etc.- que *a priori* resulten en una escasa o nula probabilidad de obtener tutela judicial efectiva. Vid., Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 5 julio 2013, Fundamento jurídico Tercero *in fine* [AC 2013\1535]. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3 junio 2013, Fundamento jurídico Quinto [RTC 2013\127]; SAP de Murcia (Sección 1ª), núm. 166/2003 de 12 mayo de 2003, Fundamento jurídico Segundo [AC 2003\1676].

⁷⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO Y A. CAMBRONERO GINÉS (coord.), op.cit., p. 13. El requisito del "vínculo" es cuestionable en nuestra opinión en base al fundamento del foro de necesidad; y es que, si el fundamento de cualquier foro de competencia en general es la existencia de algún vínculo con el Estado, de existir éste normalmente no se trataría de un foro de necesidad sino de un foro razonable por la existencia de cierta proximidad "razonable". Si lo que se pretende es que no se produzca una denegación de justicia y los criterios antes esbozados se cumplen, entendemos que no sería necesaria la existencia de tal "vínculo".

“posicionados” para conocer del caso, ya que la doctrina del *forum non conveniens* no forma parte tradicionalmente del sistema jurisdiccional español⁷⁸⁹. Tras la sentencia del TJUE en el asunto *Owusu*⁷⁹⁰, además, esa posibilidad terminó también para los Estados que sí la aplicaban -como Reino Unido- si sus tribunales son competentes para conocer del caso, en un intento de evitar la imprevisibilidad del resultado en la determinación de la autoridad competente cuando dicha excepción sí se admite⁷⁹¹. Veamos a continuación las normas de determinación de la competencia judicial internacional.

5.1. La LOPJ de 1985.

En el sistema español de Derecho internacional privado y para la materia que nos ocupa (responsabilidad extracontractual por daños ambientales)⁷⁹², la norma de determinación de competencia judicial internacional al respecto la encontramos en el artículo 22. 3.º de la LOPJ⁷⁹³

⁷⁸⁹ Sí, por el contrario, las normas de litispendencia en determinados supuestos, de declinatoria ante la existencia de un pacto válido entre las partes en el cual se elegían los tribunales de otro Estado como competentes y si existe, bien un tratado en el que se fija la competencia exclusiva de otro Estado, bien en ausencia de tratado cuando la competencia exclusiva del otro Estado que pretende conocer de un caso si esa competencia exclusiva es análoga en el sistema español. VID., M. VIRGÓS Y A. CAMBRONERO (coord.), op.cit., p. 15.

⁷⁹⁰ STJUE, 1 marzo 2005, as. *Andrew Owusu vs. N. B. Jackson*, que actúa con el nombre comercial “*Villa Holidays Bal-Inn Villas*” y otros, C-281/02.

⁷⁹¹ A. BONOMI, comentario en el blog *Conflict of Laws.net* en la entrada “*Owusu and National Lis Pendens Doctrines*”, disponible en: <http://conflictflaws.net/2013/owusu-and-national-lis-pendens-doctrines/> [Consulta 18/12/2013]; sobre el caso, vid., M. BANDERA, “La sentenza *Owusu*, il *forum non conveniens* e i conflitti di giurisdizione tra stati membri e stati terzi”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2007, pp. 1025-1052.

⁷⁹² Nos referimos aquí a todas aquellos supuestos de daños ambientales que se consideren materia “civil”. En caso de que se considerara materia administrativa, la jurisdicción de los órganos judiciales españoles vendría determinada, en ausencia de instrumento supraestatal, por lo dispuesto en el artículo 22.4º; la remisión a “lo que dispongan las leyes” realizada en éste nos conduciría a lo establecido en la LRM. Conforme a ella, la competencia de la Administración -y, con ella, de los juzgados de la jurisdicción contenciosa-administrativa española-, estaría limitada a que el daño se produzca en España. Uno de los factores más criticados de la LRM ha sido, precisamente, la escasa referencia al factor extraterritorial que suelen tener estos daños, sobre todo cuando los presuntos responsables son empresas de grupos transnacionales de sociedades. Vid., N. BOUZA VIDAL y M. VINAIXA MIQUEL, “La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos: Propuesta de regulación europea y Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. III, 2003, pp. 75-106. Las autoras critican la escasa referencia a la extraterritorialidad de la Directiva 2004. Vid., *infra*, capítulo III.

⁷⁹³ Hasta el 1 de octubre de 2015 no entrará en vigor la Ley Orgánica que la modifica, vid. *infra*.

que, con carácter unilateral, atribuye competencia a las autoridades españolas –únicamente a ellas- si el autor del daño del que deriva la exigencia de responsabilidad civil y la víctima de dicho daño tienen su residencia habitual común⁷⁹⁴ en España - en el momento de presentar la demanda, se entiende⁷⁹⁵- o cuando el hecho del que deriven las obligaciones extracontractuales haya ocurrido en territorio español⁷⁹⁶. Es ésta una regla comúnmente reconocida en el ámbito de los países la UE, aunque algunos países no la comparten⁷⁹⁷.

En la práctica, no obstante, este precepto ha sido parcialmente sustituido por el Reglamento 1215/2012, ya que la responsabilidad extracontractual por daños ambientales se enmarca dentro de la materia civil y que, requisito para la aplicación del artículo 22.3 es la residencia habitual de demandante y demandado lo cual implica la aplicación prioritaria del Reglamento. Por tanto, dicho artículo no será aplicable en la práctica, excepto en aquellos casos en los que exista un *demandado no domiciliado en la UE* (que impide la aplicación del Reglamento) y, de manera concurrente, el *hecho del que deriven los daños haya ocurrido en territorio español*⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ Para determinar la “residencia” habrá que estar a lo que establezca el sistema de Derecho internacional privado del Estado en que radique el órgano judicial que conozca del asunto . En España, recuérdese que el art. 40 del Código Civil los identifica domicilio y residencia a efectos civiles. Para las personas jurídicas, su residencia habitual se identifica con el lugar de su actividad central o de su centro principal de actividades, aunque no se hallara en España su domicilio social o sede formal (vid., arts. 40 y 41 Cc español).

⁷⁹⁵ Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “La responsabilidad...”, op.cit., p. 341: “(...) aunque el daño se hubiera producido y/o manifestado en otro país, la residencia habitual en España de su autor y de su víctima les permitiría seguir un proceso judicial ante su juez natural, en una lengua que conocen y bajo un ordenamiento familiar; en definitiva, las partes reducirían los costes de la litigación, especialmente considerables en supuestos de tráfico jurídico externo”.

⁷⁹⁶ Respecto a esto, el hecho dañoso, al igual que ocurre con el artículo 7.2. Reglamento 1215/2012, puede interpretarse como el lugar donde se generó el daño o donde se verificó. Vid., SAP Madrid (Secc. 18ª), nº 462/2011, 24 octubre 2011 [JUR 2011\433647]; M. VIRGÓS Y A. CAMBRONERO (coord.), op.cit., p. 7.

⁷⁹⁷ Así por ejemplo, Francia y Reino Unido, que consagran un “privilegio de jurisdicción” permitiendo a los perjudicados accionar ante los tribunales de su país de residencia. Vid. L.F. REGLERO CAMPOS, “Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, nº 6894, 29 de febrero de 2008.

⁷⁹⁸ Vid. A. L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *Derecho...*, vol. II, op.cit., p.1147. Respecto a un caso en el que demandado y demandante residentes en España, el informe de M. VIRGÓS Y

La noción del “hecho del que deriven los daños”, debe interpretarse siguiendo las mismas normas de interpretación que ha desarrollado la jurisprudencia del TJCE para el art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (hoy, 7.2 del Reglamento 1215/2012), ya que el foro del art. 22.3 LOPJ se inspiró directamente en el art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968, precedente del Reglamento e idéntico al actualmente vigente. Por ello, en caso de daños ambientales, valdrá que el daño se haya verificado en España o que el acto generador tuviera lugar en territorio español para que, aunque el demandado no esté domiciliado en la UE, los tribunales españoles sean competentes.

Puede por tanto tener un papel importante la normativa nacional en los daños ambientales transnacionales causados por empresas que conforman grupos de sociedades en los que la filial esté domiciliada en un país que no forme parte de la UE pero la matriz sí, lo cual, en caso de querer demandar a ambos, determina la no aplicabilidad del Reglamento respecto de la primera. En caso de daños ambientales verificados en España, presuntamente cometidos por una empresa no domiciliada en la UE, en virtud del art. 22.3 LOPJ los tribunales españoles podrían conocer del caso.

En caso de que existan varios demandados y uno de ellos domiciliado en un tercer Estado ajeno a la UE, si bien no existe en la LOPJ de 1985 previsión expresa, la escasa jurisprudencia se pronuncia a favor de que pueda demandarse a un no domiciliado como codemandado en un litigio en el que ya hay un demandado sí domiciliado en España⁷⁹⁹. Así, la SAP Madrid, de 11 de

A. CAMBRONERO (coord.), op.cit., p. 7, apunta: “(...) this rule will only apply where the defendant is only vicariously liable; otherwise Article 2 of Brussels I Regulation applies”.

⁷⁹⁹ Así lo afirma A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p.109. Textualmente: “ (...) el art. 22.2 LOPJ, que permitiría demandar ante nuestros tribunales si se trata de demandas conexas y los demandados tienen una relación previa entre sí, lo cual podría ocurrir en sociedades pertenecientes a un grupo internacional”. Sin embargo creemos que el ejemplo que sigue de la SAP Madrid cit. *supra*, sólo podría demostrar una inclinación porque el argumento no es la conexión previa entre demandados sino la sumisión tácita al tribunal español del demandado no domiciliado.

febrero de 2002⁸⁰⁰ indica lo siguiente:

“A falta de tratado o convenio aplicable al caso rige, a nuestro juicio, el artículo 22, 2º de la citada ley (LOPJ), que establece que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes, con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España. Pues bien, en el presente caso nos encontramos que uno de los demandados, el Banco Bilbao Vizcaya, tiene su domicilio en España, y, además, que se ha producido una sumisión tácita a los Juzgados y Tribunales españoles por cuanto ninguno de los demandados ha opuesto una excepción de incompetencia de Jurisdicción; consideraciones, éstas, que fundamentan la competencia de los Tribunales nacionales para conocer del litigio planteado.”

No obstante, la insuficiente jurisprudencia al respecto no permitía ofrecer argumentos y posturas concluyentes, panorama que ha modificado la reforma de la LOPJ, que abordaremos a continuación. En nuestra opinión, salvando aquellos casos de sumisión tácita o expresa, el fundamento de que un tribunal español determinase su competencia en un asunto en el que existan varios demandados, uno de ellos no domiciliado, sería el art. 22.3 LOPJ y la posibilidad de litisconsorcio pasivo voluntario (interpretación conjunta de los arts. 12.1, 71 y 419 LEC)⁸⁰¹. No obstante, como veremos, esta situación se aclararía definitivamente al entrar en vigor la nueva LOPJ en octubre de 2015.

Por último, respecto de la LOPJ actualmente vigente, cabe decir que su artículo 11.2 recoge la posibilidad de rechazar peticiones “que se formulen con

⁸⁰⁰ SAP Madrid (Sección 21ª) de 11 de febrero de 2002 [JUR 2002\113977]. En este caso los demandados son el Banco Bilbao Vizcaya S.A., domiciliado en España y L'Enterprise National du Sucre y Banque de l'Agriculture et du Developpement Rural S.S, ambos argelinos.

⁸⁰¹ Sobre el litisconsorcio pasivo voluntario y sus requisitos, vid. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ & V. MORENO CATENA, Derecho procesal civil, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2013, pp. 102 y ss.

manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. Sin embargo, no nos consta uso alguno de este artículo por los tribunales.

5.2. La modificación de la LOPJ de 2015.

Acaba de ser aprobada la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que modifica el texto de la LOPJ de 1985. En esta modificación encontramos cuestiones muy significativas, en especial en relación a la inclusión de un foro especial de competencia para no domiciliados, el cual, dado el reciente fracaso en la revisión del Reglamento 44/2001 –que no ha evitado la remisión a las normativas internas en caso de que exista algún demandado no domiciliado-, hace aún más interesantes las nuevas normas de competencia judicial internacional de producción interna españolas.

La contribución más significativa a efectos de la presente investigación es el tratamiento del supuesto de pluralidad de demandados:

Artículo 22 *ter*:

“En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación”⁸⁰².

Esto colma la laguna que comentábamos a propósito de la LOPJ 1985 y acerca la legislación española a la de otros países europeos, como los Países Bajos o Portugal, entre otros, como veremos a continuación.

⁸⁰² Ley Orgánica 7/2015, de de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº174, de 22 de julio de 2015). También, vid., texto completo del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pendiente de aprobación definitiva, Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), 3 de julio de 2015, nº 555 (BOCG_D_10_555_3731), pp. 2 y ss., disponible en: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_555_3731.PDF [Consulta: 9/7/2015].

Igualmente destaca la diferente redacción del artículo 22 *quinquies* en relación al foro de obligaciones extracontractuales, en defecto de sumisión expresa o tácita *y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España*, los Tribunales españoles serán competentes “cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español”. Esta disposición añade un ámbito de competencia respecto del art. 7.2 del Reglamento 1215/2012, ya que atribuye la competencia a los tribunales españoles si es en el territorio español en el que se halla el lugar del hecho dañoso aunque el demandado no esté domiciliado en España, algo que sí se exige en el Reglamento.

Por tanto, interpretando “hecho dañoso” con los mismos criterios jurisprudenciales que se emplean para el Reglamento (y que incluyen tanto el lugar del daño como el del hecho generador, vid. *supra*), podríamos atribuir la competencia judicial internacional a un tribunal español si se considera que el hecho generador del daño se ha producido en España, aunque se demande a una filial no domiciliada en España, en virtud de la LOPJ.

Otra cuestión relevante es la previsión que se hace del foro de necesidad:

Art. 22 *octies* 3º, *in fine*: “Los tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”.

Si bien su inclusión supone una mejora para nuestro sistema, lo cierto es que su redacción podría haberse mejorado⁸⁰³, ya que no hace referencia a otros supuestos típicos y esenciales que encajan dentro de un *forum*

⁸⁰³ Opinión compartida por P. DE MIGUEL ASENSIO en “Comentario crítico de las reglas de competencia judicial internacional en el orden civil del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril”, entrada de 5/4/2014 en su blog: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/04/comentario-critico-de-las-reglas-de.html> [Consulta: 9/6/2014].

necessitatis como la imposibilidad de obtener una sentencia justa en otro país, por situaciones como la guerra, las catástrofes, la corrupción, etc.

VI. Las normas de producción interna en Derecho comparado en la UE: la competencia residual. Foros generales, específicos, foro de pluralidad de demandados y foro de necesidad.

En materia civil y mercantil, ante la inexistencia de una norma aplicable supranacional para determinar la competencia, como ocurre en los supuestos que estudiamos al concurrir un demandado no domiciliado, son las normas de Derecho internacional privado de producción interna las que deben hacerlo⁸⁰⁴. En el seno de la UE, como refleja el completo estudio de D. NUYTS⁸⁰⁵ -que incluye a los veintiocho Estados miembros- la *heterogeneidad* al respecto es la nota dominante. De entre las normas de producción interna, podemos distinguir las generales y las específicas.

6.1. Foros generales.

En relación a las primeras, además de las propias de la autonomía de la voluntad, la regla general común para determinar la competencia en los Estados miembros es el domicilio del demandado, por lo que no supone ningún cambio respecto del Reglamento UE 1215/2012. No obstante, además de

⁸⁰⁴ Existen otros casos de competencia residual en el que es necesario recurrir a las normas de producción internas, como en materia matrimonial en referencia a los matrimonios mixtos de países de la UE que viven en un tercer Estado o en materia de responsabilidad parental respecto de los hijos de ciudadanos europeos que generalmente viven fuera de la UE (art. 7 y 14 del reglamento “Bruselas II” respectivamente).

⁸⁰⁵ Sobre su estudio basamos principalmente la información sobre competencia residual de este apartado. Nótese que falta Croacia porque su fecha de incorporación a la UE es posterior al estudio, y también que Inglaterra y Escocia son considerados de manera separada por sus particularidades, de ahí que se mencionen 28 Estados miembros, cuando en rigor serían 27. Vid., A. NUYTS, Study on residual..., op.cit. Incluye una primera consideración acerca de las normas que regulan la jurisdicción, que no en todos los Estados miembros son específicas para la competencia judicial internacional sino que, en algunos, responden a un enfoque de Derecho procesal y por tanto se identifican con las que determinan la competencia territorial. Esto es, la jurisdicción internacional es una consecuencia de la competencia territorial. Vid., I. PRETELLI & L. HECKENDORN, op.cit., p.6.

algunos foros exorbitantes⁸⁰⁶, las diferentes consideraciones en cada Estado miembro de “domicilio” pueden dar lugar a una ampliación del ámbito de la jurisdicción de sus tribunales respecto del régimen del Reglamento. Así:

- 1) En algunos países (Escocia, Países Bajos) la jurisdicción se extiende también la “residencia habitual”; no obstante, esto sigue suponiendo la aplicación del art. 4 del Reglamento ya que tal y como precisa el art. 62.1 del Reglamento 1215/2012, “para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna”.
- 2) En otros (Estonia, Finlandia, Letonia y República Checa), se puede admitir la jurisdicción si el demandado, aunque domiciliado en un tercer Estado, tuviera su último domicilio conocido, residencia o “place of stay” en el país (siendo necesario que sea ciudadano de esos países tanto en el ordenamiento de Finlandia como en el de la República Checa).

6.2. Foros específicos para responsabilidad extracontractual.

En cuanto a las normas *específicas* para la responsabilidad extracontractual, encontramos un panorama diverso⁸⁰⁷:

⁸⁰⁶ Como: nacionalidad (arts. 14 y 15 del Código Civil francés, por ejemplo), presencia física del demandado en el momento de la demanda, localización de activos (art. 23.1 Código de Procedimiento civil de Alemania, por ejemplo), de actividades, domicilio del demandante, etc. A. NUYTS, *Study on residual...*, op.cit., p. 28; también, G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, op.cit., pp. 22 y 23. Así, si las empresas están domiciliadas en un tercer Estado pero tienen activos o establecimientos secundarios en esos Estados de la UE, sí se reconoce la jurisdicción. Vid., fuentes originales: Código Civil, *Code civil*, versión consolidada de 22 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [Consulta: 13/6/2015]; Código Procesal Civil alemán, traducido al castellano por A.J. PÉREZ DRAGONE y J.C. ORTIZ PRADILLO, ed. Konrad Adenauer Stiftung, disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf Consulta: [03/04/2013].

⁸⁰⁷ Fuente (tabla): A. NUYTS, *Study on residual...*, op.cit., p. 34.

| Lack of any specific jurisdictional basis for tort | Specific jurisdictional basis for tort | | |
|--|---|--|---------------------------------|
| | Place of the tort (without further distinction or on the basis of only one element of the tort) | Place of the causal event <i>and</i> where damage is sustained | Place of residence of plaintiff |
| Finland Greece Poland | Austria Cyprus Czech rep. Denmark Latvia Lithuania Malta Portugal Romania Slovakia | Belgium Bulgaria Bulgaria England Scotland France Germany Hungary Italy Ireland Luxembourg Netherlands Spain Slovakia Sweden | Latvia Lithuania |

Como vemos en la tabla precedente, en Letonia y Lituania sí se admitiría la jurisdicción de un caso con un demandado no domiciliado porque basta el domicilio del demandante como criterio de conexión (*forum actoris*), incluso aunque el ilícito se haya cometido en un tercer Estado.

En la mayoría de los Estados miembros (23 de 28), la jurisdicción suele atribuirse a los tribunales del lugar del daño, aunque hay cierta diversidad en cómo este lugar es interpretado. En la mayoría de ellos (17), se entiende que los tribunales son competentes tanto si en ese Estado se generó el daño como si en él se verificó, por lo que un no domiciliado podrá ser juzgado siempre que se dé alguno de los dos supuestos. España, como vimos, se encuentra en este grupo.

No ocurre así en Austria, Chipre, Malta y República Checa, en los que sólo podrá admitirse la jurisdicción sobre un no domiciliado cuando en sus territorios ocurriera el acto generador del daño, ni en Lituania donde, al contrario, sólo será posible cuando en su territorio se haya verificado la consecuencia lesiva⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ A. NUYTS, Study on residual..., op.cit., p. 32 y 33.

6.3. Foros de conexidad ante una pluralidad de demandados. En especial: el caso *Akpan vs. Shell* y el art. 7 del Código de procedimiento civil neerlandés.

No nos constan foros en materia civil que sean específicos ni para daños ambientales ni para grupos societarios. Ahora bien, como hemos visto, en estos casos será frecuente demandar a varias empresas –matriz y filiales- por el mismo hecho lo que, con independencia de una previsión para grupos, nos lleva a atender a los foros para pluralidad de demandados, alguno de los cuales, generalmente, no tiene domicilio en un país de la UE. Aquí es donde los foros de competencia residual, de producción interna, juegan un papel fundamental.

¿Qué ocurre cuando tenemos una pluralidad de demandados cuando al menos uno de ellos es un no domiciliado? Recordamos que, al no poder aplicar el artículo 8.1 del Reglamento 1215/2012 por no cumplirse el requisito de la domiciliación, debemos acudir a las normas de producción internas. Veamos la relevancia que esto tiene a propósito de un caso reciente y significativo que merece una atención especial.

❖ *Akpan vs. Shell*: la importancia de las normas de competencia residual en el acceso a la justicia⁸⁰⁹.

Recordamos que en este caso, la ONG holandesa, Milieudefensie, junto con cuatro agricultores nigerianos, demandan a la matriz del grupo Shell (Royal Dutch Shell, RDS), angloholandesa, y a su filial nigeriana (Shell Petroleum Development Company, SPDC) por los daños al medio ambiente -y en consecuencia, a su propiedad y medios de vida- causados por unos vertidos de petróleo en la región del Delta del Níger entre los años 2004 y 2007. Las demandas se interpusieron en el año 2008 y, tras numerosas incidencias procesales, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank's-Gravenhage*) se hizo pública el 30

⁸⁰⁹ Vid., *supra*, capítulo I, pp. 131 y ss., sobre el caso.

de enero del 2013, estando en la actualidad pendiente de sentencia en segunda instancia⁸¹⁰.

El Tribunal de Distrito de La Haya reconoce que tiene jurisdicción y competencia para conocer de todas las demandas presentadas, pese a las objeciones de Shell a que SPDC pudiera ser juzgada por un tribunal neerlandés. El razonamiento jurídico se expone a continuación⁸¹¹.

A) Competencia respecto a la matriz (RDS): Reglamento UE 44/2001.

En lo que respecta a RDS, la matriz, dado que su sede se encuentra en La Haya, se aplica el Reglamento 44/2001. En una lectura conjunta de los artículos 2.1. y del 60.1⁸¹², los tribunales de Los Países Bajos son, al igual que los tribunales de Reino Unido -donde tiene Shell su domicilio o sede estatutaria-, competentes para conocer del caso en lo relativo a RDS, ya que se trata de una *sociedad domiciliada* en un Estado miembro parte del Reglamento. Esta cuestión no se discute ni en primera ni en segunda instancia⁸¹³.

B) Competencia respecto a la filial (SPDC): Código de procedimiento civil neerlandés.

Más polémica resultó la competencia del tribunal para juzgar la actividad de la filial nigeriana, SPDC. En virtud del artículo 4.1 del Reglamento 44/2001, al no tener domicilio en un Estado Miembro ni estar vinculado el caso a una competencia exclusiva del artículo 22 ni

⁸¹⁰ Información actualizada a 10 de mayo de 2015. Vid., <https://milieudefensie.nl/english/shell/courtcase/documents> [Consulta: 10/5/2015].

⁸¹¹ Texto de la sentencia de la District Court of The Hague, 30 January 2013, disponible en inglés en: https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/at_download/file [Consulta: 10/2/2014].

⁸¹² Nótese que la numeración hace referencia al Reglamento 44/2001, no al Reglamento 1215/2012, tal y como venimos haciendo, ya que era aquél el que estaba en vigor y al que hacen referencia la sentencia y los demás documentos procesales.

⁸¹³ Vid., sobre la segunda instancia: Statement of Defense on Appeal..., op.cit., p. 5, pº8.

existir sumisión -prevista en el artículo 23-, la competencia judicial internacional se regirá en cada Estado miembro por su ley interna. En este caso, la ley neerlandesa; concretamente, su Código de procedimiento civil.

Según sus normas generales, el tribunal neerlandés no sería el adecuado para juzgar el litigio, ya que no se identifica con el lugar de verificación del daño. No obstante, existen algunas excepciones en dicho código que permitirían el reconocimiento de competencia internacional de los tribunales neerlandeses sobre la filial nigeriana⁸¹⁴. En este caso, se aplicó el artículo 7, según el cual en caso de que un tribunal neerlandés tenga competencia sobre uno de los acusados en cuestiones iniciadas por una demanda, también tendrá competencia sobre los otros acusados en el mismo proceso siempre que las distintas acciones estén conectadas hasta tal punto que razones de eficiencia justifiquen una audiencia conjunta⁸¹⁵.

C) Controversia respecto a la competencia del tribunal neerlandés.

Es el mencionado artículo 7 en el que los demandantes fundamentaron la competencia del tribunal neerlandés para juzgar a RDS y a SPDC. Sin embargo, Shell planteó objeciones a que así fuera reconocido, alegando lo siguiente:

1) Que el reconocimiento de la competencia por parte del tribunal se realiza con una base legal incorrecta: según Shell, era previsible que bajo la ley nigeriana las demandas frente a RDS no pudieran prosperar; por tanto, los demandantes incurrían en un abuso procesal⁸¹⁶ iniciando

⁸¹⁴ Especialmente el artículo 7, que reconoce un foro de conexidad, y el foro de necesidad del artículo 9.

⁸¹⁵ Traducción de la autora del siguiente texto: "If legal proceedings are to be initiated by a writ of summons and a Dutch court has jurisdiction with respect to one of the defendants, then it has jurisdiction as well with respect to the other defendants who are called to the same proceedings, provided that the rights of action against the different defendants are connected with each other in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency".

conjuntamente las demandas frente a RDS y SPDC aprovechando la competencia sobre RDS y dicho artículo 7.

2) En segundo lugar, Shell invoca la STJUE en el asunto *Painer*⁸¹⁷, para condicionar la aplicación del artículo 7 al hecho de que SPDC pudiera haber previsto la posibilidad de ser juzgada en Los Países Bajos por sus actividades en Nigeria, en analogía con lo que el TJUE (as. *Painer*, pº 81) admite para aplicar el artículo 6.1. del Reglamento 44/2001 a casos en los que existe una diferencia en la base de las demandas iniciadas contra varios acusados pero siempre que éstos pudieran haber previsto la posibilidad de ser juzgados en un Estado miembro en el que al menos uno de ellos estuviera domiciliado. Por tanto, según Shell, dado que SPDC no podía prever tal circunstancia, el tribunal neerlandés no debía reconocer su competencia.

El tribunal se pronuncia respecto del primer punto afirmando que no existe ningún abuso procesal porque de antemano sí era verosímil defender que, en determinadas circunstancias y según la ley nigeriana, la matriz de un grupo de sociedades pudiera ser responsable por los actos de negligencia cometidos contra las personas que sufren un daño como consecuencia de las actividades de sus filiales. De hecho, así ocurrió en el caso *Chandler vs. Cape*, juzgado en Inglaterra⁸¹⁸. Además, en el recurso de segunda instancia, *Milieudéfensie et al.*, añaden que la previsibilidad era evidente no sólo por la tendencia internacional – señalada por autores varios- a que las matrices sean juzgadas junto con sus filiales en los Estados de domiciliación de las primeras aun cuando

⁸¹⁶ El hecho de que la audiencia conjunta prevista en el artículo 7.1 del Código de procedimiento civil neerlandés pueda convertirse en un abuso procesal es algo defendido en la literatura legal neerlandesa si bien nunca se ha apreciado así en casos de relaciones entre matrices y filiales, como nos recuerdan A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, op. cit., p. 47.

⁸¹⁷ STJUE, 1 diciembre 2011, as. *Painer*, C-145/10.

⁸¹⁸ *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525; Court of Appeal, England. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> [Consulta: 12/02/2013].

el daño se produzca en un tercer Estado⁸¹⁹, sino también porque Shell – RDS y SPDC- habían ya sido demandadas en varias ocasiones por daños extraterritoriales en lugares distintos al de la verificación del daño (en el caso *Bodo*, ante tribunales ingleses, y en el caso *Kiobel*, ante tribunales estadounidenses, entre otros)⁸²⁰.

Respecto de la segunda alegación de Shell et al. para impugnar la competencia, el tribunal la desestima también al encontrar que falla un presupuesto básico: las demandas contra RDS y SPDC no tienen diferente base legal, sino que, por el contrario, se basan en la misma cuestión jurídica; esto es, el reconocimiento de la responsabilidad por negligencia para obtener compensación. Como, según el tribunal, sí era previsible que SPDC pudiera ser juzgada en los Países Bajos junto con RDS, ni siquiera entra a valorar si se podría aplicar por analogía el razonamiento del TJUE al artículo 7 del código de procedimiento civil neerlandés al no verificarse ese presupuesto⁸²¹.

Por último, en la sentencia se hace una apreciación importante: incluso en el supuesto de que RDS no fuera finalmente responsable por los daños alegados y exclusivamente SPDC fuera juzgada por actividades y resultados ocurridos en Nigeria, no procedería la excepción *forum non conveniens* que, según el texto de la sentencia, “(...) no longer plays a role in today's international private law”. Así, la competencia del tribunal neerlandés no cesaría en el caso de que la reclamación a RDS fuera desestimada y, en consecuencia, la conexión con la jurisdicción neerlandesa fuera mínima⁸²². En este mismo sentido,

⁸¹⁹ Reconocido en la sentencia de primera instancia de la *District Court of The Hague*, punto 4.5.

⁸²⁰ Vid., *Statement of Defense on Appeal...*, op.cit., pp. 13 y ss., punto 2.6: “Foreseeability”.

⁸²¹ Para un análisis en profundidad de dicha sentencia del TJUE y del artículo 6.1 del Reglamento 44/2001 (ahora, art. 8.1 Reglamento 1215/2012), vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El TJUE de nuevo...”, op.cit., pp. 245-255.

⁸²² “(...) whether a sufficient connection exists between the claims must be conducted according to the time at which the claims are brought before the court”. En analogía con la jurisprudencia del TJCE para el art. 6.1 R 44/2001, se afirma que “A court that has jurisdiction by virtue of

y aunque no es mencionada en la sentencia, interpreta el TJUE las disposiciones del Reglamento Bruselas I. Según esta interpretación, los tribunales neerlandeses no podrían declararse a sí mismos incompetentes en base a la excepción *forum non conveniens*⁸²³. Conviene recordar que para la ley neerlandesa, a efectos de reconocer la competencia, no es determinante si la filial y la matriz pueden resultar una misma unidad empresarial y de dirección o si simplemente la matriz, independientemente, pudiera resultar responsable por fallos en la supervisión, siendo la base de la compensación un acto ilícito cometido por filial o matriz⁸²⁴.

En conclusión, en este caso, es posible reconocer la competencia sobre ambas sociedades sin necesidad de levantar el velo⁸²⁵ en virtud del artículo 7 del Código de procedimiento civil neerlandés y de aplicación del “tort of negligence” del *Common Law*. Esta solución – gracias al foro de conexidad- hubiera sido diferente según el Estado miembro de la UE en el que se hubiera presentado la demanda, esto es, si la matriz hubiera estado domiciliada en otro Estado miembro. Esto pone de manifiesto la enorme heterogeneidad que ofrece la aplicación de las normas de competencia judicial internacional de producción

Article 6(1) of the Brussels Regulation also has jurisdiction if that claim is already found inadmissible base don domestic law in relation to the first defendant by the time the claim is filed. The court also has jurisdiction if that claim subsequently becomes null and void.” Vid., Statement of Defense on Appeal..., op.cit., p. 11, punto 27, citando la STJCE 13 julio 2006, as. *Reisch Montage*, C-103/05.

⁸²³ Ya que esta excepción no es viable en los Estados de la UE, como aclaró el TJCE. Vid., STJCE, de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, *Andrew Owusu vs. N. B. Jackson*, que actúa con el nombre comercial *Villa Holidays Bal-Inn Villas y otros*. Para ver otros comentarios de esta sentencia: F. IBILI, "At last: The EC Court of Justice on Forum Non Conveniens", *Netherlands International Law Review*, Vol. 53, 2006, pp. 127-139. Disponible en: <http://dspace.uvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/23245/198152.pdf?sequence=1> [Consulta: 12/02/2103]. En contra del rechazo de dicha excepción, vid. BRITISH MINISTRY OF JUSTICE, *Review of Brussels I Regulation*, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf [Consulta: 12/02/2013]

⁸²⁴ A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, op. cit., p. 45.

⁸²⁵ La matriz es demandada por su propia vulneración del deber de diligencia. Además, recordamos que en el ámbito europeo, según doctrina autorizada, el artículo 2 del Reglamento 44/2001 no permite que opere el levantamiento del velo (SAP Madrid 27 junio 2003, op.cit.). Vid. punto 2.3.2.3.

interna en el seno de la UE. No obstante, pese a las críticas a la regulación actual, qué duda cabe que la apreciación del tribunal respecto de la competencia en este caso es un hito importante en materia de responsabilidad de grupos empresariales, que probablemente atraerá más casos de daños medioambientales o violaciones de derechos humanos ante la justicia europea⁸²⁶.

Y es que, si bien el tribunal neerlandés no aprecia la responsabilidad de RDS en ninguno de los casos presentados en primera instancia –este punto ha sido recurrido en segunda instancia-, el hecho de admitir su competencia tanto para la matriz como para la filial, aún previendo que la conexión de la responsabilidad exclusivamente con Los Países Bajos pudiera ser mínima, despierta interrogantes y aviva, quizás, la sensación de que es necesario abrir, en el ámbito europeo, nuevos caminos alternativos a la ATCA de los EE.UU. -tras el retroceso en la aplicación de ésta última con el asunto *Kiobel*- para concretar la responsabilidad de grupos multinacionales por daños ocurridos en países terceros donde a veces la obtención de reparaciones para las víctimas o el reconocimiento de violaciones de los derechos humanos se convierte en una tarea imposible.

Como bien afirma L.J. McCONNELL, “Akpan (...) has demonstrated that litigation in the domestic forums of both host and home states is fraught with procedural hurdles which prohibit expedience and devaste substantive claims. It is highlighted the inability and unwillingness of host states to enforce their international obligations in the light of proliferation of powerful private actors upon which they are economically dependent. The export of the Akpan proceeding to The Netherlands demonstrated the major jurisdictional challenges which preclude legal action in the

⁸²⁶ En palabras de L. CARBALLO PIÑERO & X. KRAMER, “Though most claims were rejected, the adoption of jurisdiction and the award of damages in relation to one of the claims against the Nigerian Shell subsidiary have been regarded as a breakthrough”. En: “The Role of...”, op.cit., p. 110.

home states of parent corporations concerning the activities of their foreign subsidiaries”⁸²⁷.

Una vez analizado este caso, y volviendo a las normas de competencia residual, nos preguntamos: ¿permite el panorama jurídico actual en la UE hablar de una tendencia sostenible y consistente o se trata más bien de anécdotas dispersas y contingentes? Pareciera que esta sentencia reafirma la tendencia a juzgar la responsabilidad de las matrices en su propio país por las prácticas dañosas de sus filiales en terceros estados junto con éstas.

Sin embargo, dado que ha sido una norma de producción interna la que ha permitido que los tribunales neerlandeses sean competentes y dado que el Reglamento 864/2007 aún no era aplicable, si esto es una anécdota o una tendencia meramente nacional o si en realidad implica -o puede promover- un avance en el marco de la UE en los litigios aceptados a trámite y estimados sobre responsabilidad civil de filiales no domiciliadas por daños ambientales en terceros Estados, está por ver. El resultado final de este caso -en segunda instancia-, el veredicto en el caso *Bodo* y en cuantos litigios se presenten en los próximos años, los posibles cambios e interpretaciones de la regulación en materia de competencia y ley aplicable en el marco de la UE, así como la actualización de los Derechos sustantivos a una realidad empresarial y económica globalizada...podrán verificar o refutar dicha tendencia en los años venideros.

¿Qué posibilidades habrían tenido los demandantes si, en vez de tratarse de una sociedad matriz domiciliada en los Países Bajos, hubiera estado domiciliada en algún otro Estado de la UE? Pues bien, en veinte de los veintiocho Estados, sí podríamos haber consolidado las acciones frente a ambas sociedades, si bien bajo requisitos diferentes. En los

⁸²⁷ “Establishing liability...”, op.cit., p. 98.

ocho restantes hubiera sido más difícil y habría dependido de la existencia de otros foros aplicables a la filial, ya que sólo es posible si el tribunal tiene, de manera independiente, competencia internacional sobre cada uno de los demandados considerados individualmente⁸²⁸:

69. *Table J: Jurisdiction for actions against multiple defendants, one of which at least is domiciled in a non-EU State*

| Specific Jurisdictional rule for the consolidation of jurisdiction | | Lack of rule allowing the consolidation of jurisdiction |
|---|--|--|
| Austria Belgium Bulgaria Cyprus Czech Rep. England Estonia France Hungary Ireland Italy | Latvia Lithuania Netherlands Portugal Romania Scotland Slovakia Slovenia Spain | Denmark Finland Germany Greece Malta Poland Sweden |

Respecto al primer grupo, en el que se encuentra España (antes del Proyecto de la LOPJ por la aplicación jurisprudencial y tras el mismo, si entrara en vigor, por norma expresa), es necesario que al menos uno de los demandados esté domiciliado en el Estado del foro y por tanto exista jurisdicción del tribunal o, en los menos rigurosos, que al menos un demandado esté “bajo su jurisdicción” –no necesariamente domiciliado, como en Inglaterra-. No obstante, en algunos Estados es necesario que este requisito perviva hasta el final del litigio (Irlanda), de manera que si la acción frente al domiciliado que fundamenta la jurisdicción decae en algún momento del proceso, la jurisdicción respecto al resto deja de existir. Esto habría ocurrido, por ejemplo, si el caso *Akpan vs. Shell* se hubiera planteado en Irlanda de haber sido la matriz irlandesa, con un resultado bien distinto al que se ha obtenido, hasta la fecha, en los Países Bajos, en el que no existe esta condición tal y como confirmó el tribunal:

“In the event that the District Court were to dismiss the claims against

⁸²⁸ IBÍDEM, p. 53.

RDS [*la matriz*] in The Hague in a final judgment, this gives rise in advance to the question regarding whether subsequently, the Dutch court should possibly leave the assessment of the claims against SPDC [*filial*] up to the Nigerian court. After all, Akpan [*demandante*] and SPDC are Nigerian parties that are litigating under Nigerian law on damage caused by two oil spills in 2006 and 2007 on Nigerian territory. However, the forum non conveniens restriction no longer plays any role in today's international private law. The District Court is of the opinion that the jurisdiction of the Dutch court in the matter against SPDC based on Section 7 DCCP *does not cease to exist in the event that the claims against RDS were to be dismissed*, not even if subsequently, in fact, no connection or hardly any connection would remain with Dutch jurisdiction.”⁸²⁹

Es denominador común, no obstante, el requisito de conexión entre las demandas, aunque se concrete de maneras diferentes: 1) Que las demandas estén tan fuertemente conectadas que sea necesario juzgarlas conjuntamente para evitar resoluciones inconciliables (Bélgica, Italia, Países Bajos, España, Escocia, Eslovaquia). 2) Que el codemandado sea “a necessary and proper party” en la acción (Chipre, Inglaterra e Irlanda). 3) Que exista algún tipo de conexión entre el objeto de las diferentes demandas de manera que juzgarlas separadamente podría conllevar riesgo de obtener resoluciones contradictorias (Francia, Hungría). En todos los casos, se comparte el requisito de que no se pretenda la jurisdicción abusivamente⁸³⁰.

6.4. Foro de necesidad.

Por último, merece la pena hacer mención a la regulación del *forum necessitatis* que tiene un papel esencial para evitar la denegación de justicia⁸³¹

⁸²⁹ Subrayado y texto en cursiva, nuestro. Vid., Judgement, District Court of The Hague C/09/337050 / HA ZA 09-1580 10, 30 January 2013, as. *Akpan vs. Shell*, Fd. 4.6. Disponible en: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/view> [Consulta: 10/6/2014].

⁸³⁰ A. NUYTS, Study on residual..., op.cit., p. 52.

⁸³¹ Principio generalmente aceptado en Derecho internacional público. Vid., J. PAULSSON, Denial of justice in international law, Cambridge University Press, 2005, 279 pp. Vid. infra, a

y que se fundamenta en el derecho humano a un juicio justo con todas las garantías (ex artículo 6 de la CEDH, entre otros). En nueve de los veintiocho Estados miembros, la falta de un foro adecuado en el extranjero es base suficiente para admitir la jurisdicción, aunque con distintos requisitos⁸³².

Por ejemplo, en algunos países será necesario que el demandante demuestre la absoluta imposibilidad de litigar en el extranjero; en otros, será suficiente que encuentre una dificultad inaceptable o inasumible, por un obstáculo legal (porque el tribunal extranjero rechazara la competencia, porque no existan garantías de obtener un juicio justo o porque la sentencia no iba a poderse ejecutar en el foro, por ejemplo), de hecho (imposibilidad física de litigar en el extranjero, peligro para la vida o integridad física, catástrofes naturales,...) o económico (que el coste de hacerlo sea desproporcionado al interés implicado en el litigio. En general, se requiere conexión con el foro, aunque en algunos países este requisito está totalmente ausente (Países Bajos, por ejemplo)⁸³³.

propósito de las propuestas, sobre el *forum necessitatis*. Su papel también ha sido resaltado en el UN Third Annual Forum on Business & Human Rights, en relación a los Planes Nacionales, tal y como recoge el BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, Annual., op.cit., p. 9; G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, op.cit., pp. 30 y ss; D. AUGENSTEIN ET AL., Study of ..., op.cit., p. 69.

⁸³² Fuente: A. NUYTS, Study on residual..., op.cit., p. 65. Nótese que España falta en la tabla. Tendríamos que ubicarla, si nos atenemos a la actual LOPJ, en el grupo de aquellos países cuyos ordenamientos reconocen el foro de necesidad pero no de manera expresa en una norma positiva (sino en la jurisprudencia). No obstante, cuando las modificaciones de la LOPJ entren en vigor (1 de octubre de 2015), pasaremos al grupo de aquéllos que lo reconocen expresamente.

⁸³³ Para ver la situación en cada país, vid., “Study on Residual Jurisdiction” en el Portal de la Comisión Europea –European Judicial Network: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/publications_en.htm [consulta: 10/6/2014]. Nótese la reflexión que hicimos respecto de este requisito de “vinculación” en relación al ordenamiento español, vid. *supra*.

86. *Table L: Forum Necessitatis*

| Lack of statute or case law supporting the forum <i>necessitatis</i> | | <i>Forum necessitatis</i> recognized as a valid ground of jurisdiction | |
|---|---|--|--|
| | | Statutory based | Case law based |
| Bulgaria Cyprus Czech Rep. Denmark Scotland ¹⁶⁷ England Finland Greece Hungary | Ireland ¹⁶⁸ Italy Latvia Lithuania Malta Slovakia ¹⁶⁹ Slovenia Sweden ¹⁷⁰ | Austria Belgium Estonia Netherlands Portugal Romania | France Germany Luxembourg Poland |

En el proceso de revisión del Reglamento 44/2001 se propuso introducir el foro de necesidad⁸³⁴, pero finalmente la propuesta fue rechazada, dependiendo por tanto del Estado miembro que conozca del caso, la posibilidad de que éste sea aplicado.

Esta heterogeneidad en las normas de producción interna⁸³⁵ genera no sólo inseguridad jurídica y un mayor coste para el demandante (que deberá realizar un esfuerzo mayor por conocer las disposiciones de Derecho interno y su aplicación al caso en cada Estado miembro) sino que además puede representar una desigualdad de trato –jurídico y económico, ya que las decisiones de competencia judicial internacional tienen una clara repercusión económica- para posibles demandantes y también para los demandados,

⁸³⁴ El texto propuesto para el art. 26 del hipotético nuevo Reglamento era: “Cuando ningún tribunal de un Estado miembro fuere competente con arreglo al presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren, en particular: a) si no pudiese razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigio guarda estrecha conexión; o, b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiese ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él”. Vid., COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento..., COM(2010) 748, op.cit., p. 37. Sobre tal propuesta y, en general, sobre el foro de necesidad, vid., S. REDFIELD, “Searching for justice: the use of forum necessitatis”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, 2014, pp. 893-928, especialmente, pp. 908-915.

⁸³⁵ Heterogeneidad que se manifiesta no sólo en los principios generales y fuentes de dichos foros sino también en los factores de conexión que recogen. Vid., amplio estudio al respecto en A. NUYTS, Study on..., op.cit., pp. 5 y ss.

afectando decisiones empresariales –entre otras- en el seno de la UE y de su mercado común y generando distorsiones en derechos tan esenciales como el de acceso a la justicia.

De la creatividad del jurista y, sin duda, de la voluntad política, depende la solución a estos problemas. Esperemos que los cambios lleguen a tiempo y den respuestas justas y eficaces a los rápidos cambios de la globalización y construyan un espacio de justicia europeo coherente que lidere la protección jurídica del medio ambiente, en especial en lo que a la actividad de sus empresas se refiere. Apuntaremos a continuación algunas de las propuestas que, al hilo de este estudio, se nos presentan como posibilidades de mejora o, al menos, como alternativas a estudiar y debatir.

VII. Conclusiones y algunas propuestas de *lege ferenda*.

Una vez analizado el conjunto de normas del sistema español de Derecho internacional privado que determinan la competencia judicial internacional en los casos de daños ambientales extraterritoriales causados por empresas de grupos societarios transnacionales cuyas matrices están domiciliadas en algún país de la UE, y siendo, excepto para los daños nucleares y los daños a las aguas del mar por hidrocarburos⁸³⁶, el Reglamento 1215/2012 el instrumento principal al respecto, procedemos a realizar algunas conclusiones y propuestas.

7.1. La heterogeneidad normativa ante demandados no domiciliados.

Tal y como hemos visto, cuando nos encontramos con dos o más demandados -como suele ocurrir en estos casos por la presencia de los grupos societarios como causantes de los daños extraterritoriales-, uno de ellos domiciliado y el resto no, la solución sobre la competencia judicial internacional

⁸³⁶ Respecto a estos daños, ya expusimos las conclusiones y valoraciones en los respectivos epígrafes, vid. *supra*, pp. 251 y ss., y pp. 268 y ss.

dependerá del Derecho interno: existen Estados, como los Países Bajos, en los que alguna norma de competencia residual permitirá justificar la audiencia conjunta. En otros, esto no ocurrirá así⁸³⁷.

Parece por tanto que en el ámbito europeo, con el Reglamento 1215/2012 nos encontramos con cierta imprevisibilidad y mucha heterogeneidad en la regulación de la competencia para estos supuestos ante la inexistencia de una norma de Derecho material uniforme común que prevea la competencia en casos de *demandados no domiciliados* y además, con la imposibilidad de utilizar el levantamiento del velo para atribuirse la competencia (*ex art. 4*) sobre las filiales no domiciliadas, haciendo depender la posibilidad de juzgar ambas sociedades conjuntamente -algo que parece mucho más eficiente- de las normas de producción interna, de aplicación subsidiaria.

Este panorama sin duda hace pensar en la necesidad de mejoras, más aún teniendo en cuenta que en muchos de los casos que se planteen en materia medioambiental que impliquen a grupos societarios será frecuente que las filiales tengan su sede en países empobrecidos no contratantes del Reglamento 1215/2012 y sean parte codemandada.

Ante este obstáculo podemos preguntarnos lo siguiente: ¿es deseable y apropiado que matrices y filiales sean juzgadas conjuntamente en el país en el que se encuentra domiciliada la matriz?

7.2. Sobre la conveniencia y el fundamento de que matrices y filiales ambas puedan ser juzgadas ante el tribunal del domicilio de la matriz.

⁸³⁷ Por ello, entre otras muchas razones (evitar foros exorbitantes, discriminatorios, poco próximos al caso, etc.), algunos autores se han posicionado claramente a favor de la eliminación de las normas de producción interna en competencia judicial internacional para garantizar un “sistema de competencia judicial internacional basado en el principio de tutela judicial efectiva y en el principio de proximidad”. Vid., A.L. CALVO-CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº21, 2003, pp. 49-69, p. 63. En nuestra opinión, tal eliminación no lleva a ese resultado porque el actual sistema de normas supraestatales no lo garantiza, siendo necesarias algunas modificaciones –como la introducción del foro de necesidad- para que tal eventual eliminación no suponga la merma de las condiciones de acceso a la justicia en ningún Estado miembro.

No han sido pocos los obstáculos que se han señalado ante la posibilidad de que un tribunal en algún país de la UE pudiera juzgar conjuntamente a matriz y filial no comunitaria por daños verificados en el territorio de un tercer Estado.

En primer lugar, se ha criticado el hecho de que la conexión con el foro sea mínima, apuntando a un foro exorbitante⁸³⁸. Sin perder de vista el factor político que, en la práctica, condiciona tantas decisiones jurídicas e imposibilita muchas veces la inclusión y aplicación de nuevos criterios más eficaces y más justos en nuestros ordenamientos, ante esta objeción cabe hacerse algunas preguntas a la luz de las realidades económicas que acompañan las virtualidades jurídicas de los grupos societarios: ¿es realmente una conexión *mínima* con un Estado el hecho de que su mercado -una sociedad domiciliada en dicho Estado o que tiene en él su sede de operaciones- reciba la totalidad de los beneficios de una actividad empresarial cuyo desarrollo, en algún lugar, ha dado lugar a los daños medioambientales? ¿No es propio de la jurisdicción de un Estado regular su mercado, concepto que, sin lugar a discusión, no se circunscribe en la actualidad a su territorio, más cuando hablamos de la actividad de empresas multinacionales? ¿Y no tienen ciertamente los hechos una conexión clara no sólo con el mercado y el riesgo-beneficio de la actividad dañosa sino también con la filial directamente vinculada al daño? ¿No parecen más eficientes, a nivel global, las audiencias conjuntas? ¿Debe un país europeo en el que se domicilia la matriz de una multinacional permitir que el deber de diligencia sobre sus filiales -que urge sea reconocido- no sea garantizado con el mismo rigor con independencia de la ubicación de las mismas cuando lo que están en juego son bienes jurídicos de tal importancia, más cuando su propio mercado - y empresas- se benefician directamente de su actividad extraterritorial? ¿Podemos permitir -en base a los valores y principios de nuestro ordenamiento, de la comunidad internacional y según una elemental noción de

⁸³⁸ Recordemos que "(...) jurisdiction is exorbitant when the court seized does not possess a sufficient connection with the parties to the case, the circumstances of the case, the cause or subject of the action, or fails to take account of the principle of the proper administration of justice. An exorbitant form of jurisdiction is one which is solely intended to promote political interests, without taking into consideration the interests of the parties to the dispute". O. STRUYVEN, "Exorbitant jurisdiction...", op.cit., p. 521, nota 6.

justicia- que se haga en otro Estado lo que no haríamos en el nuestro y recibir sólo los beneficios -no los costes- de dicha actividad?⁸³⁹

Por otra parte, a la vista de la importancia que tiene, en magnitud e influencia, la actividad de un grupo empresarial multinacional cuyo entramado de redes abarca varios países y le permite moverse en esferas jurídicas distintas según su conveniencia, beneficiándose de limbos jurídicos que con frecuencia permiten abusos, ¿no parece que, al menos, debería darse a la parte débil la facultad de elegir el foro más favorable a sus intereses –de entre los conectados- y la ventaja de no tener que demostrar -para beneficiarse de una audiencia conjunta o del foro en cuestión- el control intra grupos⁸⁴⁰ para levantar el velo?

Las realidades empresariales de la actualidad pueden difícilmente circunscribirse a un territorio determinado ya que, además del lugar físico de desarrollo de la actividad, existen otros, como el lugar de procedencia del capital o de la tecnología, el lugar en el que se reciben los beneficios que corresponden al *riesgo* que finalmente se materializó en el daño, el lugar en el que se deciden realmente las operaciones, el lugar que determina la legislación fiscal aplicable al negocio, etc. Por ello parece tener poco sentido que un solo Estado - en este caso, en general, el del lugar donde se verifica el daño- deba

⁸³⁹ Llama la atención como las disposiciones europeas hacen constante referencia a la protección de derechos de los domiciliados o nacionales en la Unión, incluso extraterritorialmente, mientras que cuesta encontrar referencias al cumplimiento de deberes. Como ejemplo, en las Recomendaciones *cit. supra.*, de 12 de junio 2013, la Comisión afirma “Both citizens and businesses should be able to obtain effective redress, in particular in cross-border cases and in cases where the rights conferred to them by the EU law have been infringed”. Sin referencia al cumplimiento de los deberes que el Derecho europeo les impone, en los mismos casos. Vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación..., *op.cit.*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0401:FIN:ES:PDF> [Consulta: 14/6/2014].

⁸⁴⁰ Nótese cómo el Tribunal de Justicia de la UE, al constatar la dificultad que encontraba la Comisión para demostrar el control de la matriz sobre la filial, precisó que dicha prueba no era exigible si la matriz controlaba la totalidad del capital social de la filial. (Vid. O. ARMENGOL, “La responsabilidad de las sociedades matrices por prácticas anticompetitivas de sus filiales”, *Newsletter Pérez-Llorca*, núm. septiembre-diciembre 2012. Disponible en: <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20responsabilidad%20de%20las%20sociedades%20matrices%20por%20las%20conductas%20anticompetitivas%20de%20sus%20filiales.pdf>. [Consulta: 15/05/2013]. Si esto es así para la Comisión Europea, tanto más lo será para los que suelen ser demandantes en este tipo de litigios por daños medioambientales, en una posición mucho más débil económica, jurídica y técnicamente.

ser el único competente para juzgar cualquier litigio en materia medioambiental relacionado con el negocio (ya que el del domicilio del demandado, al ser la filial no domiciliada, ya no es una alternativa).

En efecto, parece cada vez más evidente que los clásicos puntos de conexión, esencialmente territoriales, deberían evolucionar, en estos casos, hacia otros más "líquidos", ligados a la actividad económica real que, con frecuencia, se aleja de la plasmada en una formalidad jurídica.

Además, con la admisión de las demandas en el país de domicilio de la matriz se lograría el acceso, en muchas ocasiones, a sistemas judiciales más garantistas e independientes; el acceso a normas de conflicto (como el art. 7 del Reglamento 864/2007) que permiten la elección del ordenamiento más favorable a la parte débil; a un mejor grado de reparación ambiental, en última instancia; a normas procesales más favorables a los intereses de las víctimas – por ejemplo, en la legitimación de ONG o en la posibilidad de emplear acciones colectivas-; a una mayor visibilidad pública y por tanto conciencia crítica de las actuaciones de las multinacionales en el extranjero⁸⁴¹; y a una mayor posibilidad de ejecutar las indemnizaciones y evitar problemas como el de *Chevron-Texaco* en Ecuador⁸⁴².

⁸⁴¹ Sobre las ventajas de litigar en el *home State*, vid., G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, op.cit., pp. 24 y 25; sobre las posibilidades, A. BONFANTI, op.cit., pp. 375-399.

⁸⁴² Vid., al respecto, M. REQUEJO ISIDRO, "Aguinda v. Texaco..", op.cit., pp. 581-597. No obstante, el tema de la ejecución podría resultar conflictivo en el caso de la reparación in situ si existen intereses gubernamentales contrapuestos en el lugar del daño. Podría pensarse, para evitar estos problemas de ejecución en los casos en los que el interés en juego –medio ambiente y derechos humanos – sea especialmente protegible, como es el caso, en la elaboración de un convenio internacional en el que podría concertarse no sólo el reconocimiento obligado de este tipo de sentencias sino también la creación de un fondo internacional en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros y a daños supraindividuales fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera internacional, con ciertos criterios de aplicación fijados por mayoría en base a las prioridades medioambientales globales o a la proximidad material (tipo de recurso) o territorial (lugar de los verificación de los perjuicios) con el daño que dio lugar a la compensación-. Porque, siendo indiscutible que el medio ambiente es un bien universal cuyo perjuicio en cualquier parte del mundo nos afecta a todos, ¿no debería la comunidad internacional intentar garantizar que las sentencias dictadas en estos casos sean reconocidas y ejecutadas allá donde sea necesario, con independencia de qué país haya juzgado la cuestión siempre que se hubiera seguido un proceso con todas las garantías y que la conexión con el fondo del litigio hubiera sido razonablemente próxima, para evitar la impunidad de las empresas multinacionales y salvaguardar el medio ambiente y los derechos humanos? De esta forma, sólo podría rechazarse motivadamente el reconocimiento y la ejecución de la resolución,

Por tanto, respondiendo a la pregunta inicial, sí nos parece interesante, desde el punto de vista de la eficiencia –económica y social-, de la salvaguarda del medio ambiente como interés difuso e indirectamente de los derechos humanos a él vinculados, de la protección de la parte débil y de la creación de un mercado europeo con menos externalidades negativas y de un espacio judicial europeo más seguro, equitativo y coherente -sin tantas asimetrías ni distorsiones que generen comportamientos oportunistas⁸⁴³ o limbos jurídicos que permitan abusos de derecho-, que matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en estos supuestos⁸⁴⁴, a elección del demandante, bien en el lugar del daño, bien en el Estado de domicilio de la matriz de la multinacional que, generalmente, será más beneficioso para las víctimas.

Todo esto sin olvidar que, conseguir que las matrices puedan ser juzgadas en sus propios países por daños causados por sus filiales en terceros Estados, parece encontrar, en primer término, un obstáculo de agenda política. La prueba de ello la encontramos, como comentamos con anterioridad, en que la extensión de la competencia en ciertos supuestos a los no domiciliados ya se contempló en el proceso de revisión del Reglamento Bruselas I pero no fue

debiendo justificarse la racionalidad de la decisión –en base al tratado- y además, fundamentar las razones que hacen a dicha solución más razonable que todas las demás. Este principio de razonabilidad “máxima” –nombre nuestro- es propuesto para la motivación de decisiones discrecionales por I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Monografías n. 259, Valencia 2003, p. 319.

⁸⁴³ También de las empresas y de sus decisiones de domiciliación de filiales, lo que podría generar ventajas competitivas fundadas en un abuso de derecho. Vid., Joint AMNESTY INTERNATIONAL AND EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ) submission on the Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, June 2009, p.6: “This would create an incentive for “free rider” corporations to locate their domicile outside the EU, even if most of their business activity is directed toward the EU”. Disponible en inglés en: http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/AI_ECCJ_Joint_Submission_Brussels_I_0609.pdf [Consulta: 10/5/2015].

⁸⁴⁴ De la misma opinión: G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, op.cit., pp. 24 y 25; F. MEMBREZ, “Legal remedies...”, op.cit., p. 5; D. AUGENSTEIN, Study of..., op.cit., p. 76; M. VINAIXA MIQUEL, “El levantamiento...”, op.cit., p. 280; G. ESTEBAN DE LA ROSA, op.cit., p. 618; Joint AMNESTY INTERNATIONAL AND EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ) submission on the Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on..., op.cit., p. 6; A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 312.

incorporada, resultando su nueva versión, de nuevo, insuficiente⁸⁴⁵. Igualmente, tal modificación debería ir acompañada de los cambios en Derecho sustantivo apuntados en el capítulo I para que verdaderamente pudieran obtenerse resultados satisfactorios.

Por último, desde el punto de vista económico, parece importante analizar las posibles distorsiones económicas que podría ocasionar una política legislativa en este sentido. No sólo por analizar la viabilidad y eficacia de una posible norma, sino porque, guste o no, es prioridad del legislador europeo la competitividad del mercado común y determinará el sentido de las innovaciones jurídicas.

Aunque por razones de espacio no será abordado en profundidad, *a priori* podríamos pensar que las matrices quisieran cambiar su sede a otros lugares donde la competencia no se reconociera y la responsabilidad no se presumiera. Ahora bien, eso supondría renunciar en muchos casos a la seguridad jurídica y a las ventajas fiscales que esos Estados ofrecen, siendo esa posible exigibilidad de responsabilidad un factor más de los muchos que condicionan la decisión de invertir en un determinado país.

La solución pasaría por realizar un análisis económico de manera que, sin dejar de atender a criterios de justicia por la debida reparación del daño y protección del medio ambiente, cumplir las normas saliera más rentable a las empresas matrices que incumplirlas y existiera cierta seguridad en cuanto a los criterios de "debido cuidado", que facilitaran verificar su diligencia, aunque sean exigentes (que sean comprobables y lo más objetivos posible). Esto debería

⁸⁴⁵ De P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El nuevo reglamento...", op.cit, p. 8. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> [Consulta: 27/02/2013]. Aún queda mucho margen para ver si, tal y como prevé el art. 79, se avanza en este sentido de incluir la competencia judicial internacional sobre demandos no domiciliados: "A más tardar el 11 de enero de 2022, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Este informe incluirá una *evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro*, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional. Si fuera necesario, el informe irá acompañado de una propuesta de modificación del presente Reglamento". [*Cursiva nuestra*].

estar en relación al estudio de las indemnizaciones impuestas, ya que es el resultado del análisis coste-beneficio el que determinará en la práctica si las normas tendrán un efecto disuasorio e incentivarán la protección ambiental o si serán ineficaces.

Respecto a dichas implicaciones económicas parece interesante mencionar al *amicus curiae* de J. STIGLITZ presentado en el caso *Kiobel* en el que defiende que la Alien Tort Claim Act estadounidense que permite enjuiciar por violaciones de derechos humanos a corporaciones tiene los siguientes efectos positivos sobre la economía: i) Crea incentivos apropiados para promover eficiencias económicas. ii) Lejos de desalentar la inversión de empresas en países menos desarrollados, promueve su desarrollo económico a largo plazo y la inversión en ellos. iii) No limita las oportunidades de negocio para empresas estadounidenses en el extranjero y no supone ninguna desventaja competitiva. iv) No afecta a la inversión en los EE.UU. v) Es un medio eficiente económicamente para disuadir violaciones de principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional⁸⁴⁶.

Muchos de estos argumentos bien podrían aplicarse análogamente a la decisión sobre la competencia de los tribunales europeos en los casos de daños medioambientales en terceros Estados causados por grupos societarios cuya conveniencia discutimos.

7.3. Propuestas de modificación para el Reglamento 1215/2012.

En relación al régimen institucional, si bien la valoración general que la doctrina hace del régimen establecido por Bruselas I y por su precedente inmediato es bastante positiva⁸⁴⁷, proponemos, en atención a la problemática

⁸⁴⁶ J.E. STIGLITZ, "Brief of Joseph E. Stiglitz as amicus curiae in support of petitioners in the case *Esther Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit", Legal Printers LLC, Washington DC, Nos. 11-88 and 10-1491. Disponible en: <http://harvardhumanrights.files.wordpress.com/2012/01/brief-of-joseph-e-stiglitz.pdf> [Consulta: 12/05/2013].

⁸⁴⁷ G. PALAO MORENO, La responsabilidad..., op.cit., p. 80.

descrita, una serie de modificaciones para el Reglamento 1215/2012 que no deben, en ningún caso, mermar o negar las posibilidades de acceso a la justicia que ofrezcan los foros de competencia residual cuando éstos, en defecto de norma supraestatal aplicable, resulten los indicados para fijar la competencia judicial internacional, siempre que no sean contrarios a los principios de Derecho internacional.

En el marco de la globalización, parece esencial que las normas de Derecho internacional privado se elaboren buscando la máxima eficiencia⁸⁴⁸. Igualmente, será preferible una normativa –tanto de Derecho internacional privado como sustantiva- lo más uniforme⁸⁴⁹ y con el alcance más internacional posible, que disminuya los costes de información y los conflictos de leyes⁸⁵⁰. En el ámbito de la competencia, deberán ser competentes los tribunales que presenten una proximidad suficiente⁸⁵¹, sin olvidar mecanismos flexibilizadores como el foro de necesidad.

Nuestro supuesto de hecho, con la especial naturaleza y complejidad de los daños ambientales y, también, de las dificultades asociadas a los grupos de sociedades transnacionales, exige consideraciones especiales y ciertas

⁸⁴⁸ No en el sentido económico o como se entiende en el análisis económico del Derecho, sino también socialmente; esto es, entiendo la eficiencia como lo que permite introducir un orden jurídico justo –material y formalmente- en las relaciones privadas internacionales. Vid., C. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado” en: AA.VV., Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización...”, op.cit., pp. 40 y ss.

⁸⁴⁹ Sobre la importancia de la uniformidad, vid., en particular sobre este supuesto, A. BALLESTEROS BARROS, op.cit., p. 126; M. VIRGÓS Y A. CAMBRONERO (coord.), Comparative..., op.cit., p. 17. En la opinión de I. PRETELLI & L. HECKENDORN, la abolición de exequátur en el R 1215/2012 implica que la UE se considera a sí misma como un “poder jurisdiccional unitario”, por lo que debería establecer normas unitarias que delimiten ese poder, en positivo y en negativo. Vid., op.cit., p. 41.

⁸⁵⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización...”, op.cit., pp. 56 y ss. De la misma opinión, vid., D. FERNÁNDEZ ARROYO, “Exorbitant and exclusive grounds of jurisdiction in European Private International Law: Will they ever survive?”, en: AA.VV., Festschrift für Erik Jayme, European Law Publishers, 2004, pp. 169-186, p. 170.

⁸⁵¹ Y en los que “soberanía” no necesariamente se vincule a “territorio”, sino también a otros factores, como los de mercado, líquidos y ajenos a las fronteras estatales pero sin duda con más proximidad a unos Estados que a otros. Esta concepción obligaría a modificar o matizar el Considerando nº13 del Reglamento 1215/2012.

precisiones. En primer lugar, deberá tenerse en cuenta que los foros de competencia judicial internacional deberán aplicarse con independencia del orden jurisdiccional competente en cada Estado miembro⁸⁵². Esto es, que la interpretación de lo que es materia extracontractual en daños ambientales será autónoma y sistemática, teniendo en especial en cuenta el Reglamento 864/2007.

Así pues, nos parecerían merecedoras de discusión y consideración las siguientes propuestas⁸⁵³: 1) Propuesta de aplicación del foro de conexidad del art. 8.1. a filiales no domiciliadas codemandadas con la matriz del grupo societario sí domiciliada en la UE, por razones de eficiencia –social y económica-, coherencia y, también, conexión con el mercado europeo. 2) Generalización e inclusión en el Reglamento 1215/2012 del foro de necesidad. 3) La posible aplicación del 7.2. a no domiciliados. 4) La inclusión de un foro específico de protección para las víctimas de daños ambientales y la consecuente limitación de los foros de autonomía de la voluntad. 5) Limitaciones a la sumisión de las partes. 6) Cooperación judicial en materia civil.

7.3.1. Propuesta de aplicación del foro de conexidad del art. 8.1. a filiales no domiciliadas codemandadas con la matriz del grupo societario sí domiciliada en la UE, por razones de eficiencia –social y económica-, coherencia y, también, conexión con el mercado europeo.

En consecuencia del razonamiento anterior, consideramos oportuno extender la aplicación, en el supuesto que estudiamos⁸⁵⁴, del art. 8.1 Reglamento 1215/2012 a los demandados no domiciliados para que, junto con el foro general del domicilio del demandado, pudiera el tribunal del Estado miembro de

⁸⁵² De la misma opinión, A. CRESPO HERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 293.

⁸⁵³ Señalamos aquí las principales respecto del régimen institucional, habiendo sido otras apuntadas a lo largo del desarrollo del capítulo.

⁸⁵⁴ Esto es, se convertiría en un supuesto específico de conexidad, ya que proponerlo como foro para cualquier otro caso obligaría a un análisis más detallado a fin de evitar que la conexión con el país de la UE en cuestión estuviera poco fundamentada y el foro pudiera resultar de alguna manera exorbitante.

la UE reconocer su competencia judicial internacional sobre ambos demandados, con independencia de cómo se interpretara el “lugar del hecho generador del daño”.

En nuestra opinión, para el caso en el que sea un grupo societario el demandado por responsabilidad extracontractual, tiene sentido ofrecer a las víctimas foros alternativos entre, por ejemplo, el del lugar de verificación del daño o aquel en el que se ubica la matriz de la filial que se vio directamente relacionada con el daño, siempre que existan indicios que permitan pensar en la existencia de un grupo societario y se demuestre conexión suficiente con el espacio europeo⁸⁵⁵.

En cuanto a los indicios, éstos pueden plantearse en forma de presunciones: por ejemplo, presumir *iuris tantum* que existe control de la matriz (por ejemplo, que tenga una mayoría considerable -o el total- del capital accionarial⁸⁵⁶ o un papel protagonista en el negocio de la filial si se trata de una relación comercial) y/o se verifiquen ciertos "indicadores" (por ejemplo: que la matriz en cuestión reciba más del cincuenta por ciento de los beneficios de la filial, que estén vinculadas a códigos de conducta comunes, que la plantilla de directivos de la filial cuente con expatriados, etc. -siempre que no se demuestre lo contrario por parte de los demandados-), sin que sea necesario levantar el

⁸⁵⁵ Conexión que, como expondremos, no se limite a la mera domiciliación de un demandado, para evitar así los efectos indeseables muy bien detectados y señalados por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, El foro..., op.cit., pp. 276 y 277.

⁸⁵⁶ En Derecho de la competencia, la posibilidad de imputar a la matriz la responsabilidad de una conducta cometida por una de sus filiales fue confirmada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto *Imperial Chemical Industries c. Comisión* de 1972, señalando que "el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz". Vid., STJCE 14 julio 1972, as. *Imperial Chemical Industries c. Comisión*, 48/69, fd. 133. Pero como la prueba del efectivo control era muy difícil, en el asunto *AEG Telefunken c. Comisión*, de 1983, el Tribunal de Justicia admitió que en los casos en los que una matriz posea el 100% del capital de su filial, entonces se presume dicho control, recayendo sobre la matriz la carga de desvirtuar la presunción aportando pruebas de autonomía de su filial. Vid., STJCE 25 octubre 1983, as. *AEG Telefunken c. Comisión*, as-107/82, fd. 50.

velo en sede de determinación de la competencia, evitando con ello, entre otros problemas⁸⁵⁷, un "juicio anticipado"⁸⁵⁸.

En relación a la conexión con el mercado europeo, podría ser conexión suficiente alguno de los siguientes hechos: que la matriz sea europea y posea más del 50% de capital de la filial o que los beneficios de la filial vayan al país europeo (en el caso *Akpan vs. Shell*, los beneficios de SPDC eran depositados íntegramente en los Países Bajos⁸⁵⁹) y se tribute en él.

Por tanto consideramos conveniente permitir este foro *alternativo*⁸⁶⁰, por conexidad procesal, para demandados no domiciliados –filiales de grupos societarios- en casos de daños medioambientales siempre que exista una conexión razonable con el mercado europeo⁸⁶¹ y siendo elección de los perjudicados⁸⁶². Esto favorecería la coherencia, la eficiencia por la audiencia

⁸⁵⁷ Como: determinar qué ley se aplica al levantamiento del velo, salvar la falta de precedentes y criterios por lo excepcional de la institución, desincentivar el control intra-grupos (porque interesará mantener la menor relación posible con las filiales para evitar cualquier indicio de "control" o de evidencia de "políticas comunes"), la carga probatoria para los demandantes, etc.

⁸⁵⁸ Algunos lo ven una buena opción que siempre que sea previsible, elijan las víctimas el tribunal competente. Vid. T. SCOVAZZI, "Industrial...", op.cit., pp. 426 y 427, para quien "the choice by the victim of the jurisdiction and law applicable balances the choice by the TNC on the place most suitable to place its plant and production".

⁸⁵⁹ Vid., Shell PLC, Annual Report and Form 20-F for the year ended 31st December 2006: Delivery and Growth, p. E2. (Documento adjunto a la demanda, disponible en: <http://s06.static-shell.com/content/dam/shell/static/investor/downloads/financial-information/reports/2006/2006-annual-report.pdf>. [Consulta: 20/01/2013].

⁸⁶⁰ No consideramos que sea en absoluto conveniente en estos supuestos un foro de competencia exclusiva, porque todo lo que sea limitar a uno el foro disponible puede simplificar indebidamente la compleja y multilocalizada situación de los daños ambientales causados por grupos de empresas, lo cual puede dar lugar a situaciones injustas o ineficaces. Por ello, consideramos preferibles foros alternativos con mecanismos para evitar procesos paralelos y resoluciones contradictorias. Además, no se cumplen en estos supuestos los criterios que generalmente fundamentan los foros exclusivos (interés del Estado que hace que se establezca un foro inderogable en su favor; ya que la presencia del interés público desplaza el interés procesal de las partes y por ello son foros aplicables con independencia del domicilio..).

⁸⁶¹ La Resolución del Instituto de Derecho internacional, de 1 de septiembre de 1995, sobre las obligaciones de las empresas..., op.cit., pp. 462-470, propone que este foro alternativo se supedita a que los recursos de la sociedad directamente implicados sean a priori insuficientes y a que la matriz se haya beneficiado directamente de esa actividad.

⁸⁶² "The claims against SPDC and RDS are based on the same legal basis, the tort of negligence, and the same complex of facts. They pertain to the same event for which both SPDC and RDS are held liable based on negligence. From the viewpoint of efficiency it is justified to decide the claims collectively before the Dutch court. Moreover, if these claims are

conjunta y la evitación de resoluciones contradictorias y, también respondería al principio *favor laesi* en tanto que se ofrece como elección a los perjudicados que se encuentran en una situación de considerable desventaja, incrementándose con ello el efecto protector del medio ambiente⁸⁶³.

Así, el artículo 8.1 podría quedar redactado de la siguiente manera:

“ 1. Los tribunales de un Estado miembro en el que un demandado esté domiciliado también serán competentes para conocer de las demandas respecto de otros codemandados, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que pudieran ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente.

1.1. Se entenderá que las demandas están vinculadas en este sentido cuando se dé indistintamente alguna de las siguientes circunstancias:

a) Los demandados formen parte de un mismo grupo de sociedades. Esto se presumirá iuris tantum siempre que una de las sociedades tenga más del 50% del capital de la otra, directamente o mediante sociedades intermedias, o cuando más del 50% de los beneficios vayan a parar a la sociedad controlante, directa o indirectamente. Se valorarán otros indicios como la existencia de códigos comunes de conducta, la identidad corporativa, la

decided by different courts, this might lead to irreconcilable judgments”. Vid., Statement of defense in the jurisdiction motion in the motion by virtue of section 843a DCCP. Court of Appeal of The Hague, Docket date: 25 March 2014, Case n°: 200.126.849, p. 5. Disponible en: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-courtcase-defense-in-jurisdiction-motion-ikot-ada-udo> [Consulta: 10/4/2015].

⁸⁶³ Sobre la justificación de los foros alternativos vs. exclusivos, vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 300.

procedencia de los recursos humanos de las sociedades, la línea de dirección, etc.

- b) Los demandados hayan realizado una acción concertada que haya dado lugar al daño.*
- c) Uno de los demandados controle la actividad de los demás, sin que se aprecie la existencia de grupo en los términos de la letra a).*

1.2. Deberá existir en todo caso conexión con el espacio europeo. Ésta, además de por la presencia de uno de los demandados, se entenderá existente cuando el demandado que esté domiciliado en el Estado miembro de la UE posea más del 50% de capital de la filial codemandada o cuando los beneficios de la filial asociados a la actividad riesgosa que dio origen al daño se hayan recibido en tal Estado miembro”.

En nuestra opinión, la previsión de competencia sobre filiales en terceros Estados de matrices domiciliadas en Estados miembros debería hacerse de manera homogénea para evitar desigualdades en el mercado interior y comportamientos oportunistas, además de incertidumbre y falta de precedentes y criterios en numerosas ocasiones. Si bien la doctrina ha propuesto distintas soluciones⁸⁶⁴, compartimos con una parte de los autores⁸⁶⁵ que quizás la mejor solución sería una norma de Derecho material uniforme, al menos en el ámbito del espacio judicial europeo, que facilite que las sociedades matrices pertenecientes a grupos multinacionales respondan por los daños a la salud y

⁸⁶⁴ Entre otras, que se aplique la *lex societatis* y, cuando ésta sea insuficiente para garantizar la solvencia y de manera excepcional, que se aplique la *lex loci delicti* (Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, pp. 258-263); que se acuñe una norma de conflicto específica con facultad de elección para la víctima (UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS, Code of conduct on transnational corporations, 1986; Vid. T.SCOVAZZI, "Industrial Accidents and the Veil of Transnational Corporations" en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI, op.cit., p. 424); o que se extienda la aplicación de los foros del Reglamento a las demandas contra demandados no domiciliados cuando existan activos del demandado en territorio europeo y las demandas tengan relación con aquellos –junto con la inclusión de un foro de necesidad y de normas para declinar la jurisdicción a favor de los tribunales de otros Estados (vid., A. NUYS, Study on..., pp.155 y 156):

⁸⁶⁵ Destacan: C. ZILIOI, T. SCOVAZZI, INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, M. VINAIXA MIQUEL; en M. VINAIXA MIQUEL, Responsabilidad..., op. cit., p. 392;

al patrimonio como consecuencia de los daños ambientales causados por actividades de sus filiales siempre y cuando aquéllas hayan intervenido, aunque indirectamente, en su materialización⁸⁶⁶, e incluso pudiera contemplar (*vid. supra*) la creación de un fondo global por los daños ecológicos puros en tanto que el medio ambiente es un interés colectivo difuso y su afectación en cualquier lugar del planeta repercute de manera global.

Dicha uniformidad incrementaría la previsibilidad jurídica -no tendría el demandante que informarse acerca de las normas de competencia judicial internacional de los distintos Estados miembros- y podría aprovecharse para reforzar el papel de la Unión en la salvaguarda de los derechos humanos y del medio ambiente respecto de las actividades de los grupos de empresas con vinculación a Europa⁸⁶⁷, con independencia del lugar físico en el que se verifique el daño, siempre bajo una interpretación teleológica basada en la "proximidad razonable" y en el sentido común orientado más a los intereses de las partes y a la buena administración de justicia y protección especial de los derechos humanos y del medioambiente como bienes y derechos universales que a la estricta soberanía estatal.

Ahora bien, no hay que olvidar que, sin una modificación del Derecho sustantivo y procesal que consagre la responsabilidad de la matriz –ya sea

⁸⁶⁶ Además del tratamiento uniforme, de la mejor protección del medio ambiente y de las víctimas del deterioro ambiental y de la reducción del fenómeno del *forum shopping*, se podría incentivar con ello la adopción de medidas preventivas más garantistas y eficaces por parte de las matrices que eviten futuros daños. Vid. C. BOLDÓ RODA, *op.cit.*, p. 460; entre otros. Esto sin olvidar los obstáculos evidentes de esta propuesta, como el consenso necesario entre los Estados acerca de los requisitos y circunstancias que deben presentarse para su reconocimiento para que dicha norma fuera eficaz, clara y útil. El tema del efecto preventivo debe tener muy en cuenta, en nuestra opinión, el análisis económico del Derecho porque una indemnización en sí no es "disuasoria" si el balance global coste-beneficio sigue siendo favorable para la empresa que debe pagarla.

⁸⁶⁷ En línea con las directrices y recomendaciones de la Unión Europea y de la ONU. Vid. D. AUGENSTEIN ET AL., *op.cit.*; PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI)), 2013, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0017+0+DOC+XML+V0//ES> [Consulta: 20/2/2013]; A. RUGGIE, Respetar, Proteger y Remediar, texto disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 20/2/2013].

subsidiaria o solidaria, objetiva o por culpa, como garante del pago o como responsable directa, por negligencia en el deber de cuidado o por actos directos-, y que articule presunciones para justificar el vínculo entre el supuesto responsable “matriz” y el evento generador del daño, será difícil que el derecho de acceso a una tutela judicial efectiva se vea finalmente satisfecho, aunque el tribunal admitiera su competencia judicial internacional respecto del caso.

7.3.2. Generalización e inclusión en el Reglamento 1215/2012 del foro de necesidad.

Cuando las normas de competencia residual de producción interna de los Estados miembros no reconocen el foro por conexidad procesal y no siendo aplicable el art. 7.2 por no estar domiciliada la filial, en ocasiones tendremos, en función del Estado miembro, la posibilidad excepcional de hacer uso del foro de necesidad. Éste sólo es reconocido en algunos de los Estados miembros⁸⁶⁸ y por tanto es un factor de desigualdad en el acceso a la justicia y en el trato a posibles demandados no comunitarios vs. comunitarios. Su inclusión en el Reglamento sería, a nuestro juicio, deseable, no sólo por cuestiones de igualdad y homogeneización, sino porque podría favorecer la desaparición de los foros exorbitantes –tal y como ocurrió en el caso de los Países Bajos y Bélgica-, ya que aquél compensaría de alguna manera el “recorte” en las vías de acceso a la justicia que provoca la eliminación de éstos⁸⁶⁹.

Los clásicos requisitos para el establecimiento del foro de necesidad son:
1) que no exista para los demandantes la posibilidad de obtener tutela judicial efectiva en un tercer Estado y 2) que exista una suficiente conexión con el

⁸⁶⁸ Entre otros, los Países Bajos. En efecto, el "foro de necesidad" del artículo 9 del Código de procedimiento neerlandés opera en caso de que no exista otro tribunal extranjero con competencia, porque el acceso a los tribunales competentes sea imposible por guerra o un desastre natural o porque el debido proceso no pueda ser garantizado. Sin embargo, en este último caso, es necesario que exista una conexión suficiente con el sistema legal neerlandés, no así en los primeros. “Se estima que la presencia de una matriz neerlandesa sería un factor de conexión suficiente”. Vid. A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op.cit.*, p. 46.

⁸⁶⁹ A. NUYTS, *Study...*, *op.cit.*, p. 140.

foro⁸⁷⁰. Respecto del primero, consideramos que tal imposibilidad debe entenderse no en términos formales o legales exclusivamente, sino materiales o “de hecho”.

Esto es, no basta con que el tribunal extranjero sí tenga jurisdicción y admita el caso para denegar el foro de necesidad; es necesario valorar si, en atención al contenido del derecho de acceso a la justicia (art. 6 CEDH) es razonable o probable que el demandante lo vea satisfecho en el tribunal extranjero. Deberán valorarse, por tanto, factores como la corrupción e independencia del sistema judicial, la participación del gobierno en la sociedad demandada o la existencia de algún conflicto de interés, la capacidad para dar atención diligente y los recursos para desarrollar el procedimiento judicial, la posibilidad de ejecutar después la resolución, si existe un riesgo para la vida de los demandantes o de sus abogados, etc.

En cuanto al segundo requisito, consideramos que debe ser interpretado muy laxamente e, incluso, en casos excepcionales, obviado⁸⁷¹. Ya que, si existe una conexión razonable con el foro, ésta justificaría un foro de competencia no exorbitante y, aunque no exista tal en el Reglamento, podría encontrarse en las normas de producción interna. Un foro de necesidad, como su propio nombre indica, es un último recurso que se fundamenta en la imposibilidad de obtener tutela judicial efectiva en el o los Estados conectados con el caso (recuérdese que en materia de competencia judicial internacional no se exige la “máxima proximidad” sino una “proximidad razonable”), por lo que el fin –evitar la denegación de justicia- debería ser suficiente para reconocerlo, siempre que los foros conectados con el caso nieguen su competencia para conocer del asunto o, aceptándola, no garanticen, a juicio del tribunal del Estado de la UE ante el que se presenta el caso, la obtención de una tutela judicial efectiva.

⁸⁷⁰ Éstos eran los requisitos que se establecieron en la Propuesta de modificación del Reglamento 44/2001..., op.cit., art. 26.

⁸⁷¹ En los Países Bajos, por ejemplo, no existe esta condición para la aplicación del *forum necessitatis*, de tal manera que éste se convierte en una especie de “foro de jurisdicción civil universal” cuando existe un riesgo claro de que, de otro modo, se produzca una denegación de justicia. Vid., A. NUYTS, Study..., op.cit., p. 65. No obstante, el exigir como única conexión la presencia física del demandante en el territorio, nos parece prácticamente equivalente.

Por supuesto, cualquier referencia a otros criterios como la exigencia de que el demandante sea nacional o residente⁸⁷² nos parece injustificado e inconveniente. La propuesta de inclusión de este artículo fue finalmente descartada en el proceso de revisión del Reglamento con argumentos relacionados con la “cortesía internacional” que pretendían evitar una intromisión excesiva en asuntos de otros Estados. A nuestro parecer no es éste un argumento suficiente y menos aún en asuntos relacionados con derechos humanos y medio ambiente. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano y fundamental sobre cuya preeminencia como valor jurídico no existe discusión en la comunidad internacional, debiendo éste estar por encima de cualquier norma de atribución de competencia cuando la que correspondería por conexión al caso no garantiza el acceso a la justicia para los perjudicados.

Así las cosas defenderíamos la inclusión de un artículo tal y como sigue:

“Foro de necesidad

1. Los tribunales de cualquier Estado miembro tendrán competencia en aquellos supuestos en los que pudiera producirse una denegación de justicia.

2. Se entenderá que se produce denegación de justicia cuando: a) no exista ningún otro tribunal competente, b) exista tribunal competente, pero de la información pública disponible y de la proporcionada por las partes no sea razonable esperar que el demandante pueda obtener tutela judicial efectiva, formal y sustantiva, en dicho tribunal.

⁸⁷² Así ocurre en Austria. Vid., J. FEICHTINGER ET AL., Comparative study of “residual jurisdiction” in civil and commercial disputes in the EU national report for Austria, Wien, 2010, p. 11, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_austria_en.pdf [Consulta: 15/5/2015].

3. Para poder aceptar la competencia en estos términos, el Estado miembro ante cuyo tribunal se haya planteado la demanda deberá tener cierta conexión con el caso. Se entenderá que ésta existe cuando se verifiquen aspectos como la presencia física del demandante en su territorio, la nacionalidad de alguna de las partes o la existencia en el país de parte del patrimonio del demandado, entre otros.

4. No obstante, si no existiera esta conexión y de las circunstancias del caso se concluyese que no admitir la competencia supondría una total denegación de justicia para el demandante, deberá aceptarse el foro de necesidad como último recurso para garantizar el derecho humano y fundamental de acceso a la justicia.”

7.3.3. La posible aplicación del 7.2. a no domiciliados.

En el supuesto de hecho que nos planteamos, el efecto útil de esta posible modificación, defendida por no pocos autores, depende directamente de la interpretación del lugar del “hecho generador del daño”. Si el daño se produce extraterritorialmente y se quiere demandar por él a matriz y a filial ante un tribunal europeo, el lugar del “hecho generador del daño” –en caso de que se interprete aquél como el del lugar de la toma de decisiones o lugar de control de la actividad y por tanto se identifique con el del lugar de domicilio de la matriz⁸⁷³–, coincidirá con el foro del domicilio de la matriz, por lo que se tenderá a utilizar éste último.

Ahora bien, en ausencia de un foro de conexidad, sí podría permitir que la filial fuera demandada junto con la matriz, al considerarse que podría conocer el tribunal del lugar en el que se generó el daño (lugar del acto causal) respecto de todas las demandas por daños a tal hecho asociadas. Esto mantiene un efecto útil y la posibilidad de foros alternativos para los

⁸⁷³ Esta identificación ha sido no obstante criticada por algunos autores. Vid., A. CRESPO HERNÁNDEZ, op.cit., p. 306.

demandantes⁸⁷⁴, facilitando su acceso a la justicia y, con éste, la protección medioambiental, intereses ambos que justifican las propuestas.

Nótese que el análisis general que se ha hecho sobre el foro del lugar de verificación del daño –como aquél en el que se protegería especialmente a la víctima- y sobre el foro del domicilio del demandado– como aquél en el que se evitarían las dificultades de reconocimiento-⁸⁷⁵ no son necesariamente ciertos, incluso pueden resultar contrarios, en los supuestos que nos planteamos, en los que litigar extraterritorialmente puede ofrecer un mejor balance coste-beneficio a las víctimas y un mejor acceso a la justicia y en los que, quizás, la ejecución de la sentencia obtenida en un país de la UE pueda ser problemática en lo que a ejecución material se refiere en el país de verificación del daño, sobre todo en presencia de intereses políticos que son frecuentes en estos supuestos. Por ello, el análisis ofrecido es diferente.

I. PRETELLI & L. HECKENDORN sugieren, en referencia a una propuesta de nueva redacción del Reglamento, un nuevo artículo (el hoy, en el Reglamento 1215/2012, art. 8) en los siguientes términos:

“Art. 6. 1. C): “If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, subject to article 18(1), article 21(1), article 24 and article 26(1), as well as to all existing bilateral and multilateral conventions, be determined by the following rules: (...) c) In matters relating to torts, the courts of the Member States at the place where the harmful event occurred or may occur shall have jurisdiction”⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Incluso algunos autores proponen entablar acciones entrelazadas siempre que el principio *ne bis in idem* lo permita, tanto en el lugar del daño como en el lugar del hecho generador. A. CARDESA-SALZMANN, “Acceso a..”, *op.cit.*, p. 322.

⁸⁷⁵ A. CRESPO HERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 306.

⁸⁷⁶ *op.cit.*, p. 46. También: A. NUYTS, *Study on...*, *op.cit.*, p. 156, para quien los foros actualmente existentes en el Reglamento ya presentan por ellos mismos una fuerte conexión con la UE que permitiría una justificada aplicación a los demandados no domiciliados; Joint AMNESTY INTERNATIONAL AND EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ) submission on the Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on..., *op.cit.*, p. 5; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, *op.cit.*, p. 313. Para esta autora tanto el tribunal

Por ello, la opinión ofrecida *supra* de que, al derivar todos los daños de un mismo hecho generador, cualquier tribunal –de los Estados afectados- podría conocer respecto a todos los daños y respecto de todos los responsables, podría ofrecer soluciones más eficientes, siempre como foro alternativo a los otros planteados. Otra opción para evitar que existan diferentes tribunales en diferentes Estados de la UE conociendo sobre acciones idénticas -excepto por los demandantes- para el caso de daños ambientales, podría ser establecer criterios que, sin permitir la denegación de justicia ni el *forum non conveniens*, permitan la acumulación de acciones⁸⁷⁷.

No obstante, para la práctica totalidad de supuestos será una modificación ésta de menor calado que el foro de conexidad para no domiciliados unido al foro de domicilio de la matriz, siempre que los Derechos sustantivo y el procesal acompañen en la misma dirección de lograr el acceso a una tutela judicial efectiva frente a grupos societarios transnacionales.

7.3.4. La posible inclusión de un foro específico de protección para las víctimas de daños ambientales y la consecuente limitación del foro de autonomía de la voluntad.

Para evitar interpretaciones que pudieran distorsionar el ámbito de aplicación de los respectivos fueros en otras materias que no presenten las mismas particularidades que el supuesto que nos ocupa, también podría introducirse una norma específica para los casos de responsabilidad extracontractual por daños ambientales causados por sociedades que fuera coherente con el art. 7 del Reglamento 864/2007.

del lugar de uno de los actos causales como el de alguno de los lugares del daño “podrían conocer de la demanda contra todos los responsables si el daño es imputable a todos ellos”.

⁸⁷⁷ En su propuesta de modificación de las normas de competencia judicial internacional, I. PRETELLI & L. HECKENDORN et al. proponen una norma que permita rechazar la competencia a los tribunales europeos en caso de que exista otro Estado con competencia exclusiva sobre el asunto, lo cual añadiría un cuarto supuesto a los planteados. Vid., op.cit., p. 47.

De esta forma, en atención a los principios de protección medioambiental de la UE, al principio *favor laesi*⁸⁷⁸ y al derecho al acceso a una tutela judicial efectiva, así como a los principios en materia de derechos humanos y empresas, podría elaborarse una norma de competencia judicial internacional según la cual los perjudicados pudieran elegir entre litigar en el domicilio de la sociedad dominante -domiciliada en la UE- o litigar en el lugar del daño⁸⁷⁹, pudiendo agrupar en cualquier caso las demandas y contra todos los demandados⁸⁸⁰.

Se presumirá *iuris tantum* (vid. *supra*) que existe grupo por el control de la matriz cuando por ejemplo, tenga una mayoría considerable -o el 100%- del capital accionario⁸⁸¹, o un papel protagonista en el negocio de la filial si se trata de una relación comercial, y/o se verifiquen ciertos "indicadores" (por ejemplo: que la matriz en cuestión reciba más del 50% de los beneficios de la filial, que estén vinculadas a códigos de conducta comunes, que la plantilla de directivos de la filial cuente con expatriados, etc. -siempre que no se demuestre lo contrario por parte de los demandados-). En relación a la conexión con el espacio europeo, podría ser conexión suficiente alguno de los siguientes

⁸⁷⁸ "It is clear that favouring one party does not always mean an unreasonable forum, since there may be cases in which such favouritism is required by superior values in the legal system". D. FERNÁNDEZ ARROYO, "Exorbitant...", op.cit., p. 171.

⁸⁷⁹ Recogen esta propuesta, entre otros, C. STAATH & B. WRAY, "Corporations...", op.cit., p. 85.

⁸⁸⁰ Podría considerarse como un foro general para las violaciones de derechos humanos, incluyendo en éstas de manera específica al medio ambiente, para evitar las interpretaciones excluyentes dado que no se encuentra expresamente recogido como tal en el CEDH. Vid., sobre esta posibilidad, C. KESSEJIAN, J. VAN DE VELDEN & E. HO, en representación de la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Final Report on International Civil Litigation for Human Rights Violation, Sofia Conference, August 2012, disponible en: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/D7AFA4C8-E599-40FE-B6918B239B949698> [Consulta: 10/5/2014].

⁸⁸¹ En Derecho de la competencia, la posibilidad de imputar a la matriz la responsabilidad de una conducta cometida por una de sus filiales fue confirmada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Comisión* (1972), señalando que "el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz". Pero como la prueba del efectivo control era muy difícil, en el asunto 107/82, *AEG Telefunken c. Comisión* (1983), el Tribunal de Justicia admitió que en los casos en los que una matriz posea el 100% del capital de su filial, entonces se presume dicho control, recayendo sobre la matriz la carga de desvirtuar la presunción aportando pruebas de autonomía de su filial (apartado 50).

hechos: que la matriz sea europea y posea más del 50% de capital de la filial o que los beneficios de la filial vayan al país europeo y se tribute en él.

Si consideramos incluir el foro de protección de la víctima ambiental de manera similar a la de consumidores, asegurados o trabajadores mediante una norma imperativa, su garantía pasa por permitir la competencia de los tribunales europeos, ya que de otro modo nada garantiza que la norma imperativa sea cumplida⁸⁸².

Además, teniendo en cuenta la protección especial que reciben en el Reglamento otros grupos "vulnerables", no hay por qué pensar que el criterio de vulnerabilidad de los demandantes no pueda justificar también esa posibilidad de elección del foro contando con el de los tribunales del país de la matriz, unido a la relevancia e interés colectivo de la materia (protección del medio ambiente y acceso a la justicia).

7.3.5. Limitaciones a la sumisión de las partes.

Unido al reconocimiento de la desigualdad de poder entre las partes procesales está la consideración de posibles cautelas a la hora de validar el libre juego de la autonomía de la voluntad para determinar la autoridad competente, al igual que ocurre respecto de los foros de protección que el Reglamento ya reconoce.

Nos parece razonable aceptar la posibilidad de pactar sobre el tribunal competente siempre que el acuerdo sea posterior al daño. Ahora bien, serían necesarias medidas especiales para evitar situaciones de abuso de poder de una de las partes, de acuerdo al principio *preventionis abusus iuris*. Entre las posibles: intervención del juez que corroborara la validez del pacto y que la parte débil –la demandante, en estos casos- conocía los efectos y las consecuencias jurídicas de elegir el foro concreto al que han sometido la controversia; ofrecer facilidades normativas a la hora de impugnar la validez de

⁸⁸² V.VAN DER EECKHOUT, p. 20, nota 92.

un acuerdo sobre el foro por la parte débil o para limitar los efectos de las cláusulas de elección de fuero siempre que, de otra manera, pudiera vulnerarse su derecho a una tutela judicial efectiva con alta probabilidad; que el acuerdo fuese tomado con la participación de alguna institución que sirviera de “garante” de la validez del acuerdo -esto es, de que es justo, informado y libre- como un juez o un organismo público y/o una organización representativa de defensa del medio ambiente y/o los derechos humanos.

En cuanto a la sumisión tácita en presencia de una parte débil, el juez deberá asegurarse de que aquélla conoce la posibilidad de impugnación y las consecuencias de su comparecencia antes de declararse competente; esto podría ser determinante en aquellas acciones de exención de responsabilidad iniciadas por el demandado a efectos de ubicar estratégicamente el litigio en un Estado cuyo ordenamiento jurídico y sistema de Derecho internacional privado le es más favorable (vid., *supra*, el caso del CLC de 1992).

7.3.6. Cooperación judicial en materia civil.

Por último, en línea con lo propuesto en las recomendaciones de la International Law Association⁸⁸³, también consideramos que es esencial la cooperación judicial en pro de la eficiencia procesal y de la correcta administración de justicia en la materia de daños ambientales que nos ocupa (y extensible a casos de responsabilidad por violaciones de derechos humanos). En este sentido, parece importarte tener en consideración la aplicación de ciertas previsiones que garantizaran que el tribunal que conociera del caso pudiera contactar con el tribunal o la autoridad de otro Estado que presentase conexión con el caso para evitar duplicaciones en costes e incrementar la eficiencia, así como para facilitar el transcurso del procedimiento y, eventualmente, la ejecución de la sentencia cuando en ello se vieran involucrados distintos Estados. Esto puede ser especialmente importante en

⁸⁸³ C. KESSEDJIAN, J. VAN DE VELDEN & E. HO, en representación de la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Final Report on..., op.cit., p. 42.

presencia de daños plurilocalizados, hipótesis relativamente frecuente en casos de daños ambientales.

CAPÍTULO III

DIFICULTADES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA EN SUPUESTOS DE TRÁFICO EXTERNO DE DAÑOS AMBIENTALES ANTE LA CONCURRENCIA DE INTERESES.

I. El acceso a la justicia y su problemática en relación a la concurrencia de intereses de distinta naturaleza y a la pluralidad de perjudicados ante un daño ambiental transnacional. II. La problemática de la legitimación ante supuestos de daños ambientales transnacionales: la pluralidad de intereses implicados y la ley aplicable como cuestión preliminar. 2.1. Lesión al bien jurídico medio ambiente o daño ecológico. 2.1.1. En el sistema español de Derecho internacional privado. 2.1.1.1. La legitimación exclusiva del Estado y el papel anecdótico de la sociedad civil. 2.1.1.2. Una posible acción popular para los daños al medio ambiente. 2.1.1.3. Los daños ecológicos transnacionales y la insuficiencia de la LRM. La ausencia de previsiones ante daños causados por grupos multinacionales en el exterior. 2.1.2. En Derecho comparado: Italia vs. Francia y Portugal. 2.2. Lesión al derecho o interés legítimo supraindividual al disfrute de un medio ambiente adecuado. 2.2.1 En el sistema español de Derecho internacional privado: normas en defecto de instrumento supraestatal aplicable. La confusión reinante y la falta de reconocimiento expreso. 2.2.2. En Derecho comparado. 2.2.2.1. Por aproximación al interés supraindividual. La vía de los daños morales a la asociación: Países Bajos y Francia. 2.2.2.2. El reconocimiento del interés o derecho supraindividual de manera directa: Portugal. Suiza: las aportaciones doctrinales. Brasil. Argentina. 2.3. Lesión a los derechos individuales homogéneos. III. Acciones colectivas. 3.1. Los retos a los mecanismos procesales tradicionales y la relevancia para el Derecho internacional privado. 3.2. Acciones colectivas y competencia judicial internacional en el sistema español de Derecho internacional privado. 3.2.1. En presencia de normas supraestatales. 3.2.1.1. Normas supraestatales convencionales. 3.2.1.2. Normas supraestatales institucionales: el Reglamento 1215/2012 y las acciones colectivas. 3.2.2. Foros para acciones colectivas en defecto de instrumento supraestatal. 3.3. Las acciones colectivas en Derecho interno. 3.3.1. En Derecho español. 3.3.2. En Derecho comparado. 3.3.2.1. Países pertenecientes a la UE. 3.3.2.1.1. Países con acciones colectivas reguladas de manera general: Portugal, Suecia, Países Bajos, Dinamarca, Inglaterra y Gales. 3.3.2.1.2. Países con acciones colectivas reguladas solo para sectores específicos: Italia, Bélgica, Alemania, España. 3.3.2.1.3. Países sin acciones colectivas: República Checa y Escocia. 3.3.2.2. Países no pertenecientes a la UE: Brasil y México. IV. Propuestas y posibilidades en relación a la pluralidad de demandantes en procesos civiles por daños ambientales. 4.1. Sobre la necesidad de reformas: ¿cuáles son los principales obstáculos y disfuncionalidades en el acceso a la justicia? 4.2. Propuestas de *lege ferenda*. 4.2.1. A nivel supraestatal. 4.2.2. A nivel estatal: normas de producción interna.

I. El acceso a la justicia y su problemática en relación a la concurrencia de intereses de distinta naturaleza y a la pluralidad de perjudicados ante un daño ambiental transnacional.

Los daños ambientales ⁸⁸⁴ y, en especial, aquellos de naturaleza catastrófica o *de masa*, lesionarán, en la práctica totalidad de los casos, una pluralidad de bienes, derechos o intereses de distinta naturaleza. La consideración jurídica que a tales intereses se otorgue en el Derecho aplicable al fondo de la cuestión, repercutirá directamente en la configuración de la legitimación ⁸⁸⁵, institución esencial cuando se trata de valorar la calidad y efectividad del derecho de acceso a la justicia en materia de daños ambientales transnacionales causados por empresas domiciliadas en España (y en otros Estados europeos) en el extranjero.

Concretamente, en el ordenamiento español, como ya expusimos *supra*, junto con los derechos subjetivos lesionados por el perjuicio ambiental (la salud, la vida, la propiedad, etc.), se aprecia una lesión directa al bien jurídico medio ambiente ⁸⁸⁶ y, en la opinión que mantenemos –ya que la cuestión no está exenta de polémica–, un menoscabo del derecho o interés legítimo al *disfrute* de un medio ambiente adecuado ⁸⁸⁷. Diferenciar estas afecciones es esencial, ya que no hacerlo ha dado lugar a un grado considerable de

⁸⁸⁴ Recordamos que, por brevedad, mantenemos esta denominación genérica para referirnos a todos los posibles intereses lesionados ante un daño ecológico y a éste mismo, concretándose por tipos cuando sea necesario.

⁸⁸⁵ Sería completamente diferente si se considera el derecho al medio ambiente como derecho subjetivo, interés legítimo accionable o no accionable sin desarrollo legislativo, interés simple no accionable o mero principio programático. Sobre el concepto de legitimación en el proceso civil vid., en particular, J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, op.cit., *passim*, especialmente, sobre los intereses supraindividuales, pp. 403 y ss.; J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Capacidad, postulación y legitimación de las partes del proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 46 y ss.

⁸⁸⁶ Reconocido y regulado en la LRM, citada *supra*.

⁸⁸⁷ P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES añade además la lesión a bienes jurídicamente protegidos distintos del ambiente pero relacionados con éste a menudo, como el patrimonio histórico-artístico o la ordenación del territorio. Los dejaremos al margen de este estudio. Vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela...*, op.cit., pp. 344 y 345 y bibliografía allí citada.

confusión en la doctrina y a un insuficiente reconocimiento jurisprudencial del último de ellos, con el consecuente perjuicio en las opciones de tutela para los perjudicados por daños ambientales. Para intentar evitarlo, la organización del presente capítulo se basará en tal distinción.

Además de esta pluralidad de intereses concurrentes, la presencia del elemento internacional (que, recordamos, no tiene por qué referirse a un elemento fáctico del lugar del daño sino que puede vincularse a un aspecto inmaterial o jurídico, como el país de domicilio de la empresa causante del daño o bien el lugar de generación o verificación del daño o las distintas domiciliaciones de las víctimas) complica aún más el análisis de tales cuestiones al converger ordenamientos jurídicos que no necesariamente se basan en la misma consideración del derecho o interés a un medio ambiente saludable ni en la del daño ecológico⁸⁸⁸, lo cual podrá generar diferencias en la calificación de la pretensión a efectos de aplicar los instrumentos de Derecho internacional privado, como ya vimos en el capítulo I.

Estas divergencias entre leyes nacionales pueden resultar problemáticas no sólo ética sino jurídicamente. Éticamente, porque la ausencia de tutela judicial concreta puede llevarnos a vaciar el derecho de disfrute al medio ambiente saludable para unos ciudadanos y no para otros que sí dispongan de tales herramientas (lo cual, si consideramos como expusimos *infra* tal derecho como un derecho humano, se convierte en especialmente problemático). Jurídicamente, porque podrían convertirse tales diferencias, junto con las posibilidades que ofrecen el Reglamento 864/2007 en su art. 7 y el Reglamento 1215/2012 en su artículo 7.2 , en un motivo de elección del foro y de la ley aplicable según la tutela esperada –y a la legitimación prevista⁸⁸⁹, así como en

⁸⁸⁸ Así, en algunos ordenamientos de los Estados implicados regirá la responsabilidad civil, en otros será administrativa; en unos estarán legitimadas asociaciones –con representatividad limitada territorialmente o no- y en otros exclusivamente la Administración para los daños ecológicos; en unos será posible plantear una acción colectiva y en otros no; en unos se reconocerá la tutela del derecho de disfrute a un medio ambiente saludable por parte de los individuos perjudicados y en otros no, etc.

⁸⁸⁹ De hecho, así ocurrió en el caso *Mines de Potasse d'Alsace* (STJCE de 30 de noviembre de 1976) en el que uno de los motivos de elección del foro –Países Bajos- fue porque su ley permitía que las asociaciones plantearan acciones colectivas, algo que no preveía la ley francesa por aquél entonces. Vid., G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, op. cit., pp. 130 y

causa de vulneración absoluta, en muchos casos, del principio de “quien contamina paga”. Si se eligiera como Derecho aplicable uno muy distinto en previsiones de tutela de aquél del Estado del foro, podrían igualmente surgir graves distorsiones que podrían incluso motivar cuestiones de orden público para evitar tal aplicación⁸⁹⁰, además de posibles conflictos de leyes.

Esto puede conllevar disfunciones entre ciudadanos, empresas –según país de domiciliación⁸⁹¹, teniendo que hacer frente a mayores o menores riesgos y exigencias- y Estados –porque, entre otras cuestiones, una mayor participación ciudadana y de las organizaciones ecologistas puede incrementar el nivel de cumplimiento de la normativa ambiental, generar impactos en los ingresos y en el ámbito fiscal al condicionar tales disposiciones jurídicas las decisiones empresariales de domiciliación, entre otras-. Sin duda, son divergencias que no contribuyen a la creación de un Espacio Judicial Europeo y por tanto, además de realizar un análisis a nivel nacional será necesario plantear el camino hacia una posible homogeneización de criterios.

Ahora bien, además de la complejidad que supone la presencia de esta pluralidad de bienes, derechos o intereses afectados (respecto de la naturaleza del interés), cuya consideración es heterogénea a nivel internacional, es frecuente que un daño ambiental transnacional afecte a una multiplicidad de individuos que, en ocasiones, no podrán ser identificados en la práctica. Por ello también hablamos de una pluralidad de intereses afectados en cuanto al número (*versus* naturaleza). Esto añade a la cuestión de la legitimación el estudio de las acciones colectivas; esto es, de los cauces procesales que el ordenamiento prevé para que la tutela judicial en estos casos sea efectiva, teniendo en cuenta la realidad atomizada de los daños, el balance coste-beneficio negativo para los demandantes si litigan individualmente, el riesgo a

131.

⁸⁹⁰ Piénsese, por ejemplo, en que el demandante solicita ante los tribunales alemanes la aplicación del Derecho neerlandés, cuyas previsiones de tutela colectiva y de resarcimiento de daños ecológicos, así como de legitimación civil de ONG va mucho más allá que las alemanas.

⁸⁹¹ Recordamos que utilizamos este término de manera abreviada englobando tanto la sede como el centro de intereses, sin que esto signifique que tal distinción no sea relevante jurídicamente como vimos *supra* (capítulo II).

asumir por la desigualdad entre las partes –particular vs. multinacional-, la representación adecuada de los perjudicados, etc.

Estas cuestiones son esenciales cuando hablamos de acceso a la justicia⁸⁹²; tanto como que se pueda demandar conjuntamente a filiales y matrices, que se prevean foros que garanticen el juicio de la responsabilidad de las empresas europeas por daños extracomunitarios o que exista una regulación específica, inequívoca y completa de la competencia judicial internacional para los daños ambientales favorable a los perjudicados. Y no son pocos los problemas que se nos presentan. Entre otros:

a) Que sólo puedan alegarse daños a derechos subjetivos derivados de los ambientales⁸⁹³, de manera individual o con litisconsorcio, pudiendo conseguirse en el mejor de los casos indemnizaciones particulares pero sin que el medio ambiente se repare efectivamente. Esto se unirá a las típicas complicaciones de litigación internacional por daños masivos: el perjudicado hará frente a un balance coste-beneficio desfavorable, teniendo en cuenta los costes de litigar en el extranjero –algo que en caso de daños causados en países en vías de desarrollo será frecuente-, la dificultad de la prueba de causalidad en la demanda y el esfuerzo –material y psicológico- de enfrentarse ante una multinacional, más aún ante daños generalmente atomizados, la mayor complejidad y lentitud del proceso, etc. Esto por no hablar de las limitaciones que, en materia de foros, tienen los daños considerados “derivados”, vid. *supra*.

b) Que no se reconozca el derecho o interés legítimo al disfrute de un

⁸⁹² En relación a las acciones colectivas, S. COROMINAS BACH afirma que “el único fundamento de las acciones colectivas a nivel comunitario es garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción de los intereses afectados en supuestos de daños masivos”. En: “Hacia una futura...”, op.cit., p. 13. Si bien de acuerdo con el papel fundamental que tienen en el acceso a una tutela efectiva, añadiríamos otros motivos ligados a la eficiencia, a evitar soluciones contradictorias e injustas para distintos ciudadanos de la UE ante los mismos hechos generadores del daño o vinculados a la correcta administración de justicia.

⁸⁹³ Debido a que los daños al derecho o interés legítimo *en el disfrute* no se reconocen inequívocamente por la jurisprudencia y porque ante los daños ecológicos verificados en un tercer Estado –no perteneciente a la UE- la LRM guarda silencio, sin que la jurisdicción civil sea en principio la elegida al no reconocerse el perjuicio ecológico como daño civilmente tutelable (así, no obstante, se ha planteado en Francia, vid. *infra*).

medio ambiente saludable –por la confusión con la tutela del bien como tal- como título suficiente para que cualquier particular afectado pueda instar la tutela de tal interés en el ordenamiento civil, solicitando la cesación de la conducta lesiva y la reparación del bien. Esto limitará mucho las posibilidades de litigar civilmente en el lugar de origen de la matriz multinacional cuya normativa ambiental y sistema judicial probablemente beneficiará más a las víctimas. Son muy pocos los países, como veremos, que incorporan la posibilidad de legitimar a ONG o individuos debido a la tradición individualista del Derecho procesal civil que no responde hoy de manera efectiva - permitiendo su operatividad y reivindicación en juicio- a los nuevos derechos e intereses supraindividuales ligados al desarrollo de las sociedades industriales y a la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales, como es el derecho a disfrutar de un medio ambiente limpio y adecuado para la vida⁸⁹⁴.

c) Que no existan acciones colectivas que permitan una defensa procesal unificada en recursos y valoración de perjuicios, tanto para los daños a derechos subjetivos como para la defensa de los daños a intereses colectivos y difusos, cuyo reconocimiento en materia de medio ambiente es esencial. De lo contrario, la participación como parte de ONG ambientalistas cuyos recursos técnicos y jurídicos puedan incrementar las posibilidades de éxito podría verse negada en no pocos ordenamientos –entre ellos el español- salvo en lo referente a un interés propio, negándose así también el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la imposibilidad material de litigar individualmente asumiendo el riesgo de manera completa hará imposible el ejercicio real de la acción, aunque teóricamente sí esté disponible.

d) Que, como ocurre en España y en otros ordenamientos, el papel del ciudadano y de las asociaciones en relación a la reparación de los daños ecológicos se limite a un poder de denuncia no vinculante en el procedimiento

⁸⁹⁴ Para una reflexión más profunda acerca de la necesaria adaptación del Derecho procesal a los intereses difusos, vid. D.I. PALOMO VÉLEZ, "Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis* individual", *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio 2003, pp. 187-201. Para este autor, el Derecho procesal debe incorporar legitimaciones supraindividuales que hagan efectivo el acceso a la justicia.

administrativo y que se guarde silencio sobre los daños verificados en el exterior pero causados por empresas españolas. Además, esta falta de participación ciudadana es especialmente preocupante cuando la Administración está implicada, no tiene recursos o tiene algún conflicto de intereses con el caso en cuestión. Así, desde el punto de vista de la protección ambiental, que a todos interesa o debería interesar, puede ocurrir que no sea posible instar la efectiva reparación de un recurso natural dañado ni siquiera su protección de manera indirecta cuando no existan afectados en derechos subjetivos o su afectación sea tan insignificante que no incentive a litigar o bien los recursos o el desconocimiento lo impida, teniendo en cuenta el factor transnacional y, junto con éste, el hecho de que no se reconozca de manera inequívoca el interés legítimo a un medio ambiente saludable que pudiera provocar la reparación del bien dañado por otra vía que pueda resultar más efectiva.

Concretamos tales problemas en un ejemplo: la filtración de agua contaminada en los alrededores de una empresa española situada en el medio rural de un país no perteneciente a la UE, en vías de desarrollo, ha causado la muerte de flora y fauna del lugar. El único propietario conocido no ha percibido daños en su finca y se niega a litigar porque su hijo trabaja en la fábrica y no quiere problemas con la empresa; por lo demás, no se han manifestado aún daños a la salud ni a la propiedad, pero familias cercanas y miembros de una asociación ornitológica internacional que frecuenta la zona marismesa se sienten perjudicados en su derecho al disfrute de un medio ambiente. Si ante la insuficiencia normativa del país del lugar del daño, los interesados decidieran litigar en España por ser el lugar de domiciliación de la matriz, las posibilidades de reparación del ambiente serían reducidas, ya que, además de lo improbable que resulta que se reconozca tutela a este interés civilmente (sin necesidad de que se constate un delito) en nuestros tribunales, no existen previsiones para la reparación del daño ecológico en estos supuestos transnacionales, ni tampoco la posibilidad de ejercitar acciones preventivas, con independencia de que los reglamentos comunitarios en Derecho internacional privado sí contemplen ese supuesto.

En definitiva, esta cuestión del acceso a la justicia desde el punto de vista de los demandantes ante daños ambientales transnacionales es compleja por diversos motivos: la vulneración concurrente de derechos e intereses de distinta naturaleza, cuya consideración y tratamiento normativo son heterogéneos a nivel internacional; por la pluralidad de afectados y el escaso desarrollo de la dimensión colectiva del proceso, el cual sigue orbitando alrededor de un sistema liberal individualista; por la reticencia a reconocer el interés legítimo a disfrutar de un medio ambiente saludable – y, en general, las dificultades inherentes a los intereses supraindividuales- y por las limitaciones que la legitimación exclusiva del Estado y la falta de previsiones sobre los daños extraterritoriales supone para la reparación ambiental, sobre todo en los supuestos transnacionales que nos planteamos.

Intentaremos analizar qué obstáculos hay para el acceso a la justicia desde el punto de vista de la legitimación de los eventuales demandantes por daños ambientales transnacionales y de las acciones colectivas disponibles ante nuestros tribunales y, también, ante los tribunales de otros Estados, si bien no abordaremos en profundidad el estudio del perjuicio al bien jurídico “ambiente” en tanto que por su eminente régimen administrativo no implica al Derecho internacional privado⁸⁹⁵, algo que sí ocurre respecto de los daños privados derivados de los ecológicos y respecto del perjuicio al interés legítimo medio ambiente, ambos tutelables civilmente, en los siguientes puntos principalmente, que abordaremos en este capítulo:

- La problemática de la legitimación por la pluralidad de intereses de distinta naturaleza y la elección del ordenamiento jurídico que debe aplicarse para determinar tal legitimación. Y es que dependerá de qué ley se aplique el que finalmente se estime o no la legitimación de un ciudadano, de una ONG ecologista o de un Estado u otro y, con ello, que sea posible la tutela. Esto es, dependerá de la ley que se aplique a supuestos de tráfico externo el grado de efectividad del acceso a la justicia.

⁸⁹⁵ Se harán no obstante algunos comentarios a propósito de la valoración del régimen español y, en especial en este capítulo, en relación a la posible acción popular.

Dicha norma que, como veremos, será nacional –al no existir instrumento supraestatal alguno-, nos sitúa ante un panorama muy heterogéneo en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea que puede traer consigo, como hemos apuntado, grandes diferencias en el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental entre los ciudadanos de los diferentes Estados miembros según el lugar del foro competente y en función de la ley que el tribunal emplee para estimar o no la legitimación.

- Las acciones colectivas disponibles para dar cauce a daños masivos - tanto a derechos supraindividuales como individuales homogéneos- y las posibles ventajas procesales que el Derecho del foro aplicable al proceso prevea. Esto es: que reconozca mecanismos de litigación colectiva, que facilite las exigencias de la prueba de los daños o que presuma *iuris tantum* la relación de causalidad en determinados supuestos para la admisión a trámite de la demanda, etc. Nos aproximaremos a la legitimación y a las acciones colectivas disponibles en Derecho comparado con el mismo fin de poder alumbrar respuestas nacionales y supranacionales, analizando la aplicabilidad de los foros existentes de competencia judicial internacional en el sistema español de Derecho internacional privado a estos casos. Al estudiar el Derecho comparado ampliaremos la problemática a otras ópticas nacionales que dan, como resultado, un complejo y heterogéneo panorama en relación a estas cuestiones de legitimación y acciones colectivas.

- El Derecho aplicable al fondo, el cual determinará en gran medida las pretensiones que son viables y las que no lo son al acceder a la justicia. Con el Reglamento nº 864/2007, la facultad de elección de la ley aplicable –entre la del lugar del daño y la del lugar del hecho generador- concedida a la víctima es un motivo más para incentivar el *forum shopping*⁸⁹⁶ y, de hecho, condicionará directamente la legitimación ya que, como veremos, ésta se valorará, en principio, de acuerdo a la *lex causae* o ley aplicable al fondo.

⁸⁹⁶ Si bien éste se asume desde el mayor bien que supone la protección del más débil y de los principios relacionados con la conservación del medio ambiente (vid. Considerando 25).

Ahora bien, partiendo de la evidente importancia de este tema para el Derecho internacional privado, es imposible ignorar la necesidad de ampliar la mirada con las aportaciones de otras ramas del Derecho íntimamente vinculadas. Así, la especial naturaleza de los daños ambientales en los que, como vemos, confluyen numerosos intereses, unida a su insuficiente regulación en nuestros sistemas de Derecho procesal, anclados en la concepción individualista del proceso y de los derechos y en la rígida división entre lo público y lo privado, hace necesario e importante ahondar en cuestiones de Derecho procesal, Derecho administrativo y Derecho civil⁸⁹⁷, ya que el estudio de la legitimación y de las acciones colectivas y su regulación es de vital importancia en el proceso de mejorar el derecho humano y constitucional a una tutela judicial efectiva y para garantizar la igualdad procesal de las partes⁸⁹⁸ y el respeto a los principios de protección medioambiental que también deben informar también las normas procesales y de Derecho internacional privado⁸⁹⁹. Este análisis es importante en cualquier

⁸⁹⁷ No se pretende ni es objeto de este trabajo analizar minuciosamente estas materias sino estudiarlas en tanto en cuanto están en la base —en caso del Derecho civil y administrativo, especialmente— de las categorías jurídicas que manejamos o son la instrumentación práctica que hace los derechos efectivos —en el caso del Derecho procesal y Derecho administrativo— y que por tanto, no pueden quedar al margen de un estudio sobre el acceso a la justicia en ésta o cualquier otra materia, a nuestro juicio. Por otra parte, sólo un cuestionamiento desde el fundamento de tales cuestiones puede llevar a una construcción eficiente y justa que supere esquemas trasnochados o ineficientes en un mundo en el que lo colectivo —en el disfrute o usos— cada vez más frecuente y necesita respuestas jurídicas adecuadas a su naturaleza diferenciada, desde el Derecho internacional privado y desde otras ramas del Derecho.

⁸⁹⁸ Piénsese que, en los casos objeto de estudio, en la parte demandada encontramos una o varias empresas parte de un grupo multinacional, con una posición de poder evidente frente a los perjudicados individuales por sus medios técnicos, jurídicos, económicos... Ejemplo claro de ello es el caso *Chevron*, en el que los gastos documentados de litigio, lobbies, representantes, etc., de la empresa son infinitamente mayores que los de las víctimas ecuatorianas: “Chevron ha gastado más de 400 millones de dólares en un ejército de abogados para evitar que la compañía pague, y ha gastado más de 100 millones de dólares en grupos de presión que influyen a legisladores y funcionarios gubernamentales para afectar el comercio entre Ecuador y Estados Unidos y desacreditar a Ecuador, su gobierno y su sistema judicial. (...) A diferencia de Chevron, la defensa tiene escasos recursos —como se demuestra en esta petición de Julio Gómez, en la que pide que el cronograma del juicio refleje el hecho de que: “Mi firma legal no tiene fondos para contratar a un abogado asociado, un paralegal, o por lo menos un asistente que me ayude durante el juicio debido a que no cuento con los fondos suficientes para cubrir las cuentas pendientes —mucho menos los gastos requeridos para el juicio”. (...). Vid., B. JAGGER, “Víctimas ecuatorianas luchan por hacer justicia frente a Chevron”, *Diario El País*, 22 octubre 2013, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/22/actualidad/1382451405_141983.html?rel=rosE [Consulta: 10/11/2014].

⁸⁹⁹ Vid. *supra*, capítulo. I. Respecto de la información por los principios de protección ambiental de las normas procesales, vid., P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia...*, pp. 119-153.

ámbito de litigación colectiva y sería extensible, con matices, a otros casos de litigación internacional por intereses supraindividuales, individuales y, en términos generales, a casos de violaciones de derechos humanos.

Estructuraremos el capítulo siguiendo la diferenciación conceptual entre el daño al bien jurídico “medio ambiente”, el daño al interés en el disfrute y el daño a los intereses individuales homogéneos derivados del perjuicio ecológico, abordando en primer lugar la legitimación ante la concurrencia de intereses de distinta naturaleza, tanto en el sistema español de Derecho internacional privado como en Derecho comparado (apto. 2) y, en segundo lugar, las acciones colectivas que, por lo general, se referirán a los intereses individuales y supraindividuales lesionados (apto. 3). Éstas últimas serán abordadas tanto en el sistema español de Derecho internacional privado, haciendo hincapié en los foros de competencia judicial internacional disponibles, como en Derecho comparado. En último lugar, plantearemos algunas propuestas de *lege ferenda* (apto. 4).

II. La problemática de la legitimación ante supuestos de daños ambientales transnacionales: la pluralidad de intereses implicados y la ley aplicable como cuestión preliminar.

En el marco de los supuestos de tráfico externo que motivan esta investigación, comenzamos diferenciando el análisis según se trate de daños ecológicos o daños privados tutelables en la jurisdicción civil⁹⁰⁰. Dejaremos fuera de nuestro análisis cualquier concepción no antropocéntrica del medio ambiente – por el profundo debate filosófico y jurídico que requiere, cuyo análisis excede del objeto de este trabajo, y por su poca viabilidad como alternativa legislativa en un futuro próximo-; esto es, no abordaremos las

⁹⁰⁰ Este matiz pretende englobar tanto a los derechos tradicionales vulnerados como consecuencia del daño ambiental como al interés legítimo en el disfrute de un medio ambiente saludable que, repetimos, no es reconocido unánimemente como interés legítimo directamente accionable por cualquier perjudicado ante los tribunales civiles ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. Se diferencian de los ecológicos porque, a día de hoy, estos no son objeto de tutela en la jurisdicción civil en nuestro ordenamiento aunque sí lo son en otros, como veremos.

posibilidades que derivan de la consideración del medio ambiente en sí mismo como sujeto de derechos⁹⁰¹, pese a que ya existen opiniones a favor de admitir dicha concepción en los ordenamientos jurídicos.⁹⁰²

Parece importante señalar de antemano la importancia de ser conscientes, ante tal pluralidad de intereses –y de las correspondientes legitimaciones-, que las divisiones entre lo público y lo privado, lo individual y colectivo tienen también fundamentos ideológicos: frente a la visión liberal, tradicional, en la que lo público debe ser competencia del Estado y lo privado sólo de los sujetos afectados, cabe una visión más amplia en la que otros elementos, como los participativos⁹⁰³, cobran importancia, diluyendo la rígida separación entre ambas disciplinas.

Así, M. CAPPELLETTI, criticando la primera de las posturas expuestas, afirmó: “Today’s reality...is much more complex and pluralistic than the abstract dichotomy: between the individual and the State there are numerous groups, communities and collectivities which forcefully claim the enjoyment and judicial protection of certain rights which are classifiable neither as “public” nor “private” in the traditional sense”⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ En este sentido llamaron la atención pública ONG ecologistas alemanas al presentar una acción en la que las focas del Mar del Norte eran las actores frente al gobierno de Alemania por los desechos numerosos que se encontraban en su medio. Lógicamente, la acción fue desestimada por la falta de legitimación de las focas pero las ONG consiguieron llamar la atención pública. Vid. Véase H. KOCH, “Group and Representative Actions in West German Procedure” en: German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal, 1990, pp. 27, 33 y 34; A. GIDI, Las acciones colectivas..., op.cit., p.70.

⁹⁰² Vid. especialmente: C.D. STONE, Should trees have standing? Law, Morality and the Environment, Oxford University Press, 3ª Edición, 2010. Es una revisión de su trabajo original de 1972, en el que ya sugería la legitimación de los objetos naturales inanimados.

⁹⁰³ Basada en que la participación de ciudadanos y ONG en este ámbito no sólo defiende intereses privados sino que también contribuye a promover intereses públicos. Vid., U. BECK, Risk Society, Towards a New Modernity, Sage Publications, London, 1992, pp. 155-191.

⁹⁰⁴ M. CAPPELLETTI, “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”, en: M. CAPPELLETTI & B. GARTH (eds), Access to Justice, Vol. III, Emerging Issues and Perspectives, Sijthoff and Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, pp. 513 y ss., p. 521; J. EBBESSON (ed), Access to Justice in Environmental Matters in the EU, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 4.

Coincidimos con esta opinión, la cual tendremos en cuenta al realizar el siguiente análisis de los intereses en juego, de la legitimación para actuar y, posteriormente, de la posibilidad de entablar acciones colectivas ante daños al medio ambiente que afectan a intereses públicos y privados, individuales y colectivos, difusos y concretos, etc., sin que la existencia de unos deba excluir la de los otros, ni a nivel sustancial ni a nivel procesal⁹⁰⁵. De hecho, algunas jurisdicciones continentales han comenzado a erosionar la clásica distinción entre el interés público y los intereses particulares contemplando la legitimación de las ONG en asuntos medioambientales, como veremos más adelante.

Como cuestión preliminar al estudio de la legitimación de los eventuales demandantes según el tipo de interés lesionado debemos abordar cuál es la ley que determinará tal habilitación para litigar. Esto es, cuando se presenta una demanda ante un tribunal competente, ¿cómo determina éste si el demandante mantiene una relación coherente con la pretensión objeto de litigio y la relación jurídica en que se basa? Dicho de otro modo: ¿qué ley se aplica a la determinación de la legitimación? Al no existir normas supraestatales en el sistema español de Derecho internacional privado que den solución a esta cuestión⁹⁰⁶, todo dependerá de leyes nacionales: ¿es la *lex fori* o la *lex causae* la que se aplica a tal determinación?

⁹⁰⁵ De hecho, según algunos estudios, existe una tendencia, aunque heterogénea y lenta, hacia la consideración más laxa de las diferencias entre la clásica dicotomía público-privado en Derecho medioambiental, con las consecuencias que esto tiene respecto de la legitimación – que tiende a relajar las exigencias entre el sujeto y los intereses en juego-. En palabras de E. EBBESSON, “(..) it make it possible for a larger group of subjects, including interest associations, to initiate or take part in administrative and judicial procedures concerning the environment”. Vid., J. EBBESSON (ed), op.cit., pp. 4-5.

⁹⁰⁶ El Convenio de Aarhus (artículo 9.2) sí prevé la legitimación pero para el procedimiento administrativo y el contencioso administrativo, no en el ordenamiento civil. Por su parte, el Convenio de Lugano de 1993 sí reconocía la legitimación a las asociaciones ecologistas para accionar ante los tribunales para solicitar cese o prohibición de actividades pero condicionando su admisibilidad y requisitos al Derecho del foro (artículo 18.2); ahora bien, existe la posibilidad de formular reservas a su aplicación y, como ya dijimos, este convenio nunca llegó a entrar en vigor por falta de adhesiones. Vid., también, M. VINAIXA MIQUEL, La responsabilidad..., op.cit., p. 373, que menciona el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y barcos de navegación interior, hecho en Ginebra el 10 octubre de 1989 y el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización por daños relacionados con el transporte marítimo de residuos peligrosos y sustancias tóxicas (*HNS*, Londres, 1996, y Protocolo de 2010) como carentes de disposiciones al respecto y, únicamente, la Propuesta de Directiva de 1991 relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados o que puedan ser causados por los residuos como norma que prevé el derecho pero remite sus requisitos al Derecho del foro.

En un supuesto de tráfico externo como el que estudiamos, la regla general en el sistema español de Derecho internacional privado es que la ley del foro rige el proceso, antigua máxima que en nuestro ordenamiento se ha recogido en el artículo 3 LEC con las *solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales*. Sin embargo, para la determinación de la legitimación se aplica, según la mayoría de la doctrina internacional-privatista⁹⁰⁷, la *lex causae* por la proximidad entre la idoneidad para comparecer en juicio y defender la titularidad de un derecho subjetivo o asumir la responsabilidad en que se basa la pretensión objeto de litigio, siendo así una de las excepciones a la regla general de que la ley del Estado del foro rige el proceso⁹⁰⁸, ya que se considera una cuestión de fondo.

Esta inclinación por la *lex causae* nos obliga a hacer unas breves consideraciones sobre la determinación de la ley aplicable en el sistema español de Derecho internacional privado ya que habrá que determinar la *lex*

⁹⁰⁷ F. GARAU SOBRINO, Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, Universitat de Les Illes Balears, 2ª Ed. Revisada, Palma, 2008, p. 85; M. D. ADAM MUÑOZ, El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Jurídica Internacional, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997 pp. 40 y 41; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, Derecho Procesal..., pp. 426 y ss.; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "El Derecho internacional privado...", op.cit., pp. 6 y 7; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I., op. cit., pp. 750 y ss; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho..., op.cit., p. 281; H. GRIEDER MACHADO, "El desarrollo del proceso" en: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO ET AL., Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, p. 131; M. VINAIXA MIQUEL, Responsabilidad por..., op.cit., pp. 370 y ss. y bibliografía allí citada (nota 914); Es común esta postura en la doctrina de otros países. A. SURANA, International Civil Procedure and Principle of 'Lex Fori' (July 8, 2006). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=915923> [Consulta: 17/11/2014]; C. VON BAR, "Environmental...", op.cit., pp. 356-358, distingue claramente entre la legitimación de una asociación para representar intereses individuales, en cuyo caso recurriríamos a la *lex fori* y aquellos casos transfronterizos en los que están en juego intereses difusos o colectivos, en cuyo caso debe determinarse la legitimación por la *lex causae*, p. 358. También los Convenios de La Haya de 1971 y 1973 (art. 8.6) se inclinan por la *lex causae*. La legitimación del Ministerio Fiscal, no obstante, apunta a la *lex fori*. Vid., F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho..., op.cit., p. 231. Vid., textos de los Convenios de La Haya y sendos artículos 8.6 en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=81 y http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=84 respectivamente [Consulta: 09/03/2014], BOE nº 264, de 4 de noviembre de 1987 y BOE nº 21, de 25 de enero de 1989.

⁹⁰⁸ En España, diversas sentencias se han inclinado por la aplicación de la Ley que regula el fondo del asunto o *lex causae*. Entre otras: STSJ Cataluña, Sala Social, 22 junio 2009 [AS 2009\2275], SAP Madrid 19 abril 2012 [AC 2012\1433] y SAP Málaga 12 junio 2006 [JUR 2007\41846]. Citadas por A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, Derecho internacional..., op.cit., p. 750.

causae para así valorar la legitimación del demandante y determinar si aquél puede o no acceder a la justicia.

Sin pretensión de abordar el tema en toda su complejidad, recordamos que, salvo en lo regulado por los instrumentos internacionales en vigor aplicables en España (para la contaminación del mar por hidrocarburos y los daños nucleares⁹⁰⁹), la norma supraestatal aplicable será el Reglamento UE nº 864/2007. Éste es de aplicación imperativa *erga omnes* y también regirá -en todo lo que no regulen los convenios- de manera subsidiaria en todo aquello que pueda calificarse de “obligación extracontractual”⁹¹⁰ y, en primer término, de “materia civil”⁹¹¹.

Así, para los daños medioambientales, el Reglamento 864/2007 recoge, como vimos, una regla específica:

“La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”.

Por tanto es una norma referida tanto para los daños ecológicos como a otras vulneraciones de derechos o intereses legítimos que provoquen aquéllos,

⁹⁰⁹ Si estos convenios resultaran aplicables, se entiende que ellos, como norma aplicable al fondo, regularían la legitimación. Al no contener previsiones sobre el posible papel de ONG – vid. *supra*.- habría que estar a lo establecido en el sistema jurídico del Estado del foro, con carácter subsidiario.

⁹¹⁰ Si bien el Reglamento propone una calificación autónoma (*ex* Considerando nº 11), no la define en su articulado, por lo que hay que estar a la jurisprudencia del TJUE y a los objetivos y coherencia del texto con otros instrumentos de Derecho europeo (en especial, el Reglamento 1215/2012), en los que se define siempre de manera residual frente a la responsabilidad contractual. Esto es, toda aquella que no deriva de un contrato.

⁹¹¹ La jurisprudencia que lo analiza, en relación al ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012 (antes 44/2001) hace prueba de que el TJUE tiende a definirlo caso por caso pero con una interpretación amplia (vid., STJUE 28 abril 2009, as. *Apostolides*, Fd. 4; STJUE 15 febrero 2007, as. *Lechouritou*; STJUE 18 mayo 2006, as. *Éez*; STJCE 14 noviembre 2002, as. *Baten*; STJCE 16 diciembre 1980, as. *Rüffer*, STJCE 14 octubre 1976, as. *Eurocontrol*; etc.).

como se deriva de la interpretación conjunta de los considerandos 8, 11, 24 y 25 y del artículo 7, basado en la facultad de elección otorgada a la persona que reclama el resarcimiento⁹¹² entre la ley del lugar del hecho generador del daño (que en nuestro supuesto de estudio coincidirá no pocas veces con el lugar del domicilio del demandado⁹¹³) y la ley del lugar donde se verificó el daño.

Si bien el encuadre en este ámbito de aplicación material de los daños tradicionales derivados del perjuicio ecológico y del daño al interés legítimo en el disfrute del medio ambiente parece claro, no es así en el caso de los daños a los recursos naturales en sí, ya que la opción previa hecha a nivel europeo por la responsabilidad administrativa en la Directiva 35/2004/CE para tales daños parece contradecirse con el hecho de que el Reglamento 864/2007 los incluya con idéntica definición⁹¹⁴ bajo su ámbito de aplicación dedicándoles un artículo expresamente, junto con los daños colaterales de los que los diferencia sin que haya lugar a confusiones.

En ausencia de previsión expresa sobre la cuestión en el texto del Reglamento parece que éste, sin que importe la naturaleza del órgano que conozca de la cuestión (Considerando 8), presume la naturaleza civil de la responsabilidad por daños medioambientales –excluyendo eso sí la derivada de los actos *iure imperii*- con el mero hecho de incluirlos en su articulado de manera expresa y sin lugar a dudas acerca de su definición. Esto se une a otros factores: a) el hecho de que el texto es posterior al régimen de la Directiva, que proponía un régimen de responsabilidad administrativa si bien haciendo uso de conceptos claros del Derecho de daños; b) el Considerando

⁹¹² El momento de tal elección se determinará por el Derecho del foro, tal y como señala expresamente el Considerando 25 *in fine*.

⁹¹³ A su vez, el Estado del lugar del domicilio del demandado será en no pocas ocasiones el Estado del foro, por lo que puede que apliquemos la *lex fori* –en tanto que también *lex causae*- a la cuestión de la legitimación.

⁹¹⁴ Definición recogida en el Considerando 24 en la que se entiende el daño medioambiental como “el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad de los recursos vivos”. De hecho, en la Propuesta de Reglamento 864/2007, la definición del concepto de daño al medioambiente remitía a la Directiva 2004/35/CE.

25 recuerda los principios de protección en materia ambiental como fundamento de la facultad de elección otorgada al reclamante; en base a aquellos principios puede entenderse que se pretende lograr el mayor ámbito posible de aplicabilidad de la normativa y por tanto también extenderla a los ecológicos o medioambientales puros.

En contra cabría argumentar si la competencia judicial internacional, a la luz del Reglamento, en caso de daños ecológicos puros, se estimaría en base al Reglamento 1215/2012; esto parece poco probable, lo cual vulneraría la coherencia del sistema. No obstante, si algún texto tuviera que reinterpretarse sería éste último, ya que si no habría que pensar que el art. 7 (y el considerando 24) son inaplicables en todo lo que no sean daños colaterales.

En la práctica, no obstante, se entiende que sólo cuando los demandantes decidan interponer una demanda ante un tribunal civil por daños transnacionales podrá entrar en juego el Reglamento, por lo que su aplicación viene pre-condicionada por el órgano jurisdiccional ante el cual, a sabiendas de la legislación del país, se ha presentado la demanda –con el consecuente *forum shopping*. Por tanto, parece que será la estrategia procesal en la gran mayoría de los casos la que garantice la coherencia del régimen (privado vs. público) y la coherencia entre el Derecho aplicable al fondo y el Derecho del foro.

Y es que resulta improbable que se planteara una demanda civil por daños ecológicos en España, algo que sí podría suceder en Portugal (en cuyo caso sí se aplicaría el Reglamento a tal cuestión) o en Francia si la reforma sobre la introducción del perjuicio ecológico en el Código civil, vid. *infra*, es finalmente aprobada. En ese caso, se permitiría la acumulación objetiva de acciones en un mismo proceso (tanto las pretensiones referidas a los derechos subjetivos individuales dañados como al interés supraindividual o al daño ecológico), y se evitaría así el planteamiento de procesos ante órdenes jurisdiccionales distintos, economizando en costes y en tiempo. Si la ley española fuera la aplicable en un tribunal civil extranjero, parece probable que éste se declarase no competente respecto de las pretensiones de daños

ecológicos puros, continuando con el proceso respecto de las otras.

En caso de daños producidos en países no pertenecientes a la UE, en vías de desarrollo, por multinacionales con matrices domiciliadas en la UE, lo normal será preferir litigar en el foro europeo porque existan no solo mayores garantías procesales sino, también, una mayor probabilidad de obtener un tutela adecuada por los daños privados, por lo que se elegirá, con alta probabilidad, la ley del país europeo en base a la cual se determinará la legitimación. Ahora bien, respecto de los daños ecológicos el tribunal se declarará incompetente –así ocurrirá en el caso de España- salvo que el país en cuestión prevea la responsabilidad civil para estos daños.

Concluyendo podemos decir que, en caso de reclamaciones por daños ambientales (al bien, al interés supraindividual y a los posibles derechos individuales afectados) la ley que determinará la legitimación podrá ser, en la gran mayoría de los casos en la UE –a elección del demandante- la ley del lugar de manifestación del daño o la del lugar del hecho generador del mismo – si son distintos-, entendiéndose que racionalmente elegirá la que le sea más conveniente⁹¹⁵ y que, en el marco de daños transnacionales causados en países extracomunitarios, probablemente sea la ley del Estado europeo involucrado por la domiciliación de la empresa matriz.

Las normas del Código civil español para determinar la ley aplicable en defecto de instrumento supraestatal no parece que sean aplicables en ningún caso de daños ambientales transnacionales ya que la amplia definición de los tales daños en el Reglamento bajo la categoría de obligaciones extracontractuales así como la prohibición de reenvío y su eficacia universal parecen no dejar supuestos fuera del mismo⁹¹⁶.

⁹¹⁵ De la misma opinión, G. PALAO MORENO, *La responsabilidad...*, op.cit., pp. 130 y 131, que recomienda ante esta situación una solución de origen supraestatal que uniformice el ejercicio de tal derecho.

⁹¹⁶ Si un convenio internacional resultara aplicable es posible que éste remita a las normas de conflicto del Estado del foro pero también esto nos llevaría a aplicar la norma de conflicto del Reglamento en primer lugar. En la aplicación de otros convenios que no recogen normas de conflicto, el Derecho del foro se aplica comúnmente una vez determinada la competencia

Cuestión distinta a ésta es la ley reguladora de la legitimación en las acciones colectivas que la doctrina atribuye a la ley del foro⁹¹⁷. No obstante, la vinculación entre legitimación y acciones colectivas en los casos en los que se pretende obtener tutela de un interés supraindividual no es menor. Esto es, el hecho de que una asociación pueda, por ejemplo, representar el interés difuso de un grupo de afectados por un vertido contaminante (porque esté legitimada según la *lex causae*) no garantiza que después puedan efectivamente litigar ya que, ¿qué ocurriría si el Estado del foro no regulase ni reconociese las acciones colectivas o sí las reconociese pero sólo para los derechos individuales homogéneos y en ningún caso previese la legitimación civil de una ONG? ¿Y si la ONG fuese extranjera y si bien sí estaría legitimada según la *lex causae* no se cumplieran los requisitos de representatividad⁹¹⁸ que el Derecho del foro exigiese para litigar en el caso de acciones colectivas? Existen numerosas hipótesis que, aunque por su novedad aún no se hayan verificado en el ámbito medioambiental, no son ajenas a la práctica de la defensa de otros derechos supraindividuales, como los de consumidores y usuarios. Y es que sin duda pueden presentarse problemas de aplicación ante la heterogeneidad de la normativa procesal que se solventarían promoviendo la homogeneización de estas cuestiones a nivel europeo.

Parece pues que la relación entre la legitimación para representar intereses supraindividuales y la posibilidad de plantear acciones colectivas hace necesario que la ley que las regule sea la misma. Ahora bien, de nada

judicial internacional, como ocurre con los Convenios en materia de daños nucleares. Vid. C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "El Derecho internacional privado...", op.cit., p. 10.

⁹¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho..., vol. I, op.cit., p. 751; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "El Derecho internacional privado...", op.cit., p. 7; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, Derecho Procesal..., op.cit., p. 427: "La ley del foro decide si se admiten acciones populares o colectivas (...), pero los presupuestos materiales de la acción (incluida la legitimación en sentido material) se regirán por la correspondiente ley aplicable"; L. CARBALLO PIÑERO, Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, p. 69.

⁹¹⁸ Se trata de analizar si la entidad es representativa de los intereses que pretende defender, algo que dependerá del Derecho de cada Estado en el que estén domiciliadas. Veremos más adelante la polémica asociada a los supuestos transnacionales. También, vid., L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., p. 69.

serviría que la *lex causae* reconociera tal posibilidad si el Derecho procesal del Estado del foro que debe dar cauce práctico a las pretensiones no conociese de tales instituciones⁹¹⁹. Por ello, entendemos que la legitimación ha de ser concurrente en estos supuestos entre la ley del foro y la ley del fondo para que pueda estimarse aunque, en la práctica, si el foro es un país de la UE, parece que de nuevo la estrategia procesal de los eventuales reclamantes hará coincidir ambas, facilitando el desarrollo procesal y garantizando la coherencia.

Cabe mencionar también que, pese a la opinión doctrinal mayoritaria de aplicación de la *lex causae* a la legitimación, existen algunas excepciones doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito europeo que no responde siempre a esta opinión doctrinal mayoritaria⁹²⁰. En la doctrina, autores como P.P. MIRALLES SANGRO han precisado que la *lex causae* podría ceder ante la del foro si, por la naturaleza del interés a proteger, se lograra de mejor manera la realización de la justicia y la efectividad de la tutela judicial⁹²¹.

En lo referente a los casos judiciales, el más claro y reciente es el de *Akpan vs. Shell*⁹²². En éste, recordemos, la ONG que presenta la demanda en los Países Bajos junto con los cuatro agricultores nigerianos perjudicados, Milieudefensie, actúa en el proceso como parte actora en virtud de la ficción legal del artículo 3:305a del Código Civil neerlandés⁹²³, según la cual el interés

⁹¹⁹ Igual ocurriría al contrario, si aplicamos la *lex fori* a la determinación de la legitimación y ésta reconoce la legitimación de una asociación ecologista para representar intereses supraindividuales o incluso los suyos propios pero el Derecho del fondo ni siquiera reconoce el interés supraindividual al medio ambiente como susceptible de ser tutelado civilmente o la posibilidad de que las asociaciones reclamen por daños morales. Por tanto, ¿de qué serviría tal aplicación? Del mismo modo, aplicando la *lex fori* puede negarse una legitimación que si contemplaría la *lex causae*, finalmente aplicable al litigio.

⁹²⁰ Tampoco se optó por la *lex causae* sino por la *lex fori* en el Convenio de Lugano de 1993. Vid., N. BOUZA VIDAL Y M. VINAIXA MIQUEL, "La responsabilidad...", op.cit., p.103 y bibliografía allí citada.

⁹²¹ P.P. MIRALLES SANGRO, citada por H. GRIEDER, "El desarrollo...", op.cit., p. 131.

⁹²² Sobre el caso vid. *supra*, pp. 131 y ss. del capítulo I y pp. 359 y ss. del capítulo II.

⁹²³ Código Civil neerlandés, artículo 3:305a, p.1: "A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intends to protect similar interests of other persons." En: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle331111.htm> [Consulta: 10/03/2013].

de todas las demás partes afectadas, en este caso, por el daño medioambiental alegado se incorpora en Milieudefensie, teniendo en consecuencia dicha ONG un interés independiente en que se demuestre la ilicitud de los actos y omisiones realizados por los demandados. Así lo reconoce el tribunal de Distrito de La Haya en sus autos y en la sentencia de 30/01/2013, admitiendo que sus peticiones acerca de la reparación del suelo, la limpieza del agua y la preparación de un plan de contingencia para futuras posibles fugas de petróleo no sólo beneficiarían a los demandantes sino, también, a su comunidad en general y al medio ambiente.

El objetivo institucional de Milieudefensie –Friends of the Earth, en su denominación internacional- de protección del medio ambiente en todo el mundo así como sus peticiones en el juicio son, según el tribunal, suficientemente específicas como para considerar que los hechos alegados entren dentro del mismo y cumplan con lo previsto en el Derecho del foro -al tratarse de una norma relativa al proceso, en contra de la opinión de Shell⁹²⁴-, aunque no encuentre figura análoga en el ordenamiento de Nigeria. Según Shell et al., el artículo 3:305a del Código Civil neerlandés es parte del Derecho sustantivo y, siendo el Derecho aplicable el nigeriano, que no reconoce ningún tipo de acción *de clase* ni legitimación similar, las peticiones de Milieudefensie no deberían ser admitidas. Además, añade Shell, en realidad se trata de una representación de intereses puramente individuales en la cual la acción de clase no ofrece ninguna ventaja frente a una litigación personal y directa por parte de los perjudicados. Ambos argumentos son desestimados por el tribunal.

En este caso, el Tribunal de Distrito de La Haya aplica pues la ley del foro para determinar la legitimación de la ONG, sirviéndose de una interpretación histórica de dicha norma (3:305^a Cc), lo que permite reconocer la legitimación activa a Milieudefensie, indicando expresamente que existe un interés más allá del individual de los afectados, haciendo referencia a otros ciudadanos nigerianos que pudieran verse afectados por los vertidos, en especial al resto

⁹²⁴ Vid. puntos 4.11 a 4.14 de la sentencia. Judgment 30 January 2013, District Court of The Hague, c. C/09/337050/ HA ZA 09-1580, *Friday Alfred Akpan & Milieudefensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*.

de la comunidad y al medio ambiente como fin en sí mismo en la zona próxima a *Ikot Ada Udo*⁹²⁵, protegiendo intereses similares de otras personas que no son parte en el litigio.

Este punto fue también recurrido en segunda instancia, defendiendo Milieudéfensie la naturaleza procesal y no sustantiva del art. 3:305a y por tanto aplicable como *lex fori* –que rige en las cuestiones procesales-. Se basan para ello en una interpretación histórica justificando con documentos de debates parlamentarios que el legislador defendía con tal artículo la posibilidad de que tanto organizaciones extranjeras como neerlandesas pudieran iniciar una acción con independencia de la ley aplicable al fondo de la cuestión y sin ampliar la responsabilidad sustantiva⁹²⁶. Igualmente, respecto del rechazo de la acción colectiva planteado por Shell, se alega que aquélla también está reconocida por el Derecho de Nigeria y por tanto es viable como “public interest lawsuit” según las Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules de 2009⁹²⁷, representando el interés de los nigerianos en su derecho a un medio ambiente limpio⁹²⁸. Habrá que esperar a ver en qué términos se pronuncia el tribunal para ver si se confirma la interpretación aceptada en primera instancia.

Por el contrario, en el caso *Bodo*, que enfrenta a una comunidad (que, según la ley nigeriana es la propietaria legal de las tierras comunales, de los ríos, manglares y ciénagas que están dentro de los límites de su comunidad, formada por treinta aldeas, en el Estado *Rivers*, en Nigeria) contra SPDC, la

⁹²⁵ Vid. puntos 4.12 y 4.13 de la sentencia, *op. cit.*, p. 11.

⁹²⁶ “...Section 3:305a only pertains to the procedural authority of a party representing others to initiate proceedings”. Vid., Statement of Defense on Appeal, pº 59 - 62. Disponible en: <https://milieudéfensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-courtcase-defense-to-shells-statement-of-appeal> [Consulta: 16/5/2015].

⁹²⁷ Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules, 1st december 2009, disponibles en: <http://www.refworld.org/pdfid/54f97e064.pdf> [Consulta: 1/7/2015]. Vid., sobre ellas, E.P. AMECHI, “Litigating right to healthy environment in Nigeria: an examination of the impacts of the Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 2009, in ensuring access to justice for victims of environmental degradation”, *Law Environment and Development Journal*, nº6/3, 2010, pp. 320-334, disponible en: <http://www.lead-journal.org/content/10320.pdf> [Consulta: 3/7/2015].

⁹²⁸ Vid, ampliamente, sobre los requisitos de legitimación de la ONG, el Statement of Defense on Appeal, *op.cit.*, pº 57-106.

filial nigeriana de Shell, la legitimación no es de una ONG ambientalista sino de la comunidad demandante pero se determina en base a la ley nigeriana, *lex causae*. En la demanda se afirma que: “The Community has capacity, as a matter of Nigerian law, to pursue claims for damage to its land. Further and alternatively, if, contrary to this averment, the Claimant does not have sufficient capacity then permission to make an amendment will be sought so as to proceed by way of representative action in the name of one or more members of the Community, pursuant to CPR 19.6.”⁹²⁹. Se hace referencia a la “capacidad” si bien en el contexto parece referirse a legitimación, señalando a la *lex causae*. Hay que señalar que, al igual que ocurrió en el caso *Transfigura* (2006)⁹³⁰ y en el caso *Amoco Cádiz* (1978)⁹³¹ esto es posible porque se trata de Derecho anglosajón, mucho más acostumbrado y flexible ante las acciones colectivas que el Derecho continental hasta la fecha.

Por tanto, la aplicación de la norma elegida para estimar o no la legitimación del demandante para actuar en litigio, nos llevará a una disposición concreta de un ordenamiento jurídico (sea el del foro o sea el aplicable al fondo del asunto).

⁹²⁹ Claim *Bodo vs. Shell* legal document at The High Court of Justice, 23/3/2012 Disponible en: <http://platformlondon.org/wp-content/uploads/2012/06/The-Bodo-Community-and-The-Shell-Petroleum-Development-Company-of-Nigeria-Ltd.pdf> [Consulta 13/1/2013]. En el caso Bodo, finalmente se llegó a un acuerdo en Reino Unido, pagando Shell a las víctimas en compensación por los daños 55 millones de libras (unos 70 millones de euros). Curiosamente, en este caso los daños derivan de fugas en la misma tubería que causó los vertidos en Goi (uno de los casos de Shell Nigeria), lo cual puede reforzar la defensa de las víctimas en segunda instancia, también en lo referente a que el caso sea juzgado fuera de Nigeria. Vid., “Shell succumbs in the English case”, disponible en: <https://milieudefensie.nl/english/shell/courtcase/timeline> [Consulta: 4/7/2015].

⁹³⁰ Caso iniciado por treinta mil habitantes de Costa de Marfil con una *class action* contra Transfigura Ltd., una empresa de Reino Unido, alegando daños causados por residuos tóxicos exportados a Costa de Marfil. El caso se resolvió con el pago de aproximadamente treinta y dos millones de libras esterlinas.

⁹³¹ En este caso los tribunales estadounidenses tuvieron que determinar si las asociaciones ecologistas estaban o no legitimadas, para lo que acudieron a la *lex causae*. Vid., M. VINAIXA MIQUEL, La responsabilidad..., op.cit., p. 372 y bibliografía allí citada en referencia al caso *Amoco Cadiz* y la determinación de la legitimación, vid., nota 915.

Diversos panoramas pueden abrirse aquí, según los intereses vulnerados, el ordenamiento elegido y la concepción del derecho al medio ambiente saludable y del daño ambiental que aquél mantenga. Veamos la pluralidad existente siguiendo el esquema ya anunciado en función del interés, bien o derecho lesionado: 1) la lesión al bien jurídico ambiente en sí; 2) la lesión al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable y 3) la lesión a derechos subjetivos como la propiedad o la salud. Abordaremos todos ellos desde el sistema español de Derecho internacional privado y su regulación sustantiva y también analizaremos las distintas respuestas que se ofrecen en Derecho comparado.

2.1. Lesión al bien jurídico ambiente o daño ecológico.

2.1.1. En el sistema español de Derecho internacional privado.

Ya analizamos cómo los daños al bien jurídico medio ambiente –o daños ecológicos puros- no son regulados por normas supranacionales aplicables en España, y es que el Convenio de Lugano de 1993, que sí los reconocía, no llegó a entrar en vigor por falta de adhesiones⁹³². Tanto las normas supraestatales convencionales como las institucionales se refieren a los daños privados derivados del perjuicio ecológico o, en el caso de las normas conflictuales supraestatales, a daños que pueden ser considerados fundamento de responsabilidad civil extracontractual (art. 7 Reglamento 864/2007). Así, en ausencia de norma supraestatal material uniforme que regule tales daños, dependerá del ordenamiento nacional en cuestión la determinación de la legitimación para litigar.

Es importante precisar que, al hilo del conflicto entre la responsabilidad extracontractual del Reglamento 864/2007 –que incluye los daños “medioambientales”- y la administrativa que rige en muchos de los Estados de

⁹³² Recuérdese que los Convenios referidos a los hidrocarburos y a la energía nuclear se refieren a los daños privados sufridos por las víctimas, aunque la jurisprudencia lo haya ampliado en ocasiones a la recuperación de los gastos de reparación. Vid., caso *Erika* y otros, cit. *supra* en capítulo II.

la UE -de manera exclusiva para los daños ecológicos- como parte de su Derecho material, resultado de transposición al Derecho interno de la Directiva 35/2004/CE, los daños ecológicos puros difícilmente podrían dar lugar a un pleito civil de aplicarse el Derecho español. Ya que, aunque la calificación autónoma del Reglamento no afectaría a la jurisdicción ni alteraría el Derecho aplicable, de concretarse éste en el español, en principio los daños ecológicos quedarían regulados exclusivamente por una ley administrativa que aunque podría aplicar el juez civil, será poco probable en ausencia de pretensiones en base a derechos o intereses individuales) de acuerdo a la ley española. Con ánimo de dar, no obstante, una visión integral de los daños medioambientales y desde el conocimiento de que existen otras posturas en países tan cercanos como Portugal o Francia -que quizás pudieran incorporarse al Derecho español en un futuro-, y sin perder de vista la tendencia que en otras áreas del Derecho apuntaban a una aplicación civil de normativa administrativa⁹³³, abordamos la legitimación en la ley española para reclamar por daños ecológicos aunque no sea propiamente civil ni por tanto sea relevante para nuestro sistema de Derecho internacional privado.

2.1.1.1. La legitimación exclusiva del Estado y el papel anecdótico de la sociedad civil.

La responsabilidad ante un perjuicio ecológico en nuestro ordenamiento está contemplada por la Ley 26/2007, de Responsabilidad medioambiental (LRM), referida exclusivamente a los daños ecológicos, que atribuye a las Administraciones la obligación de hacer cumplir la ley y a los jueces de lo contencioso administrativo dirimir los posibles conflictos que de tal aplicación se deriven. Dicha ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/35/CE, instaurando un régimen de responsabilidad medioambiental administrativo, de carácter objetivo e ilimitado, basado –según su propia

⁹³³ En Derecho de la Competencia, especialmente. Vid., sobre el particular, A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ Y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, “Nuevas perspectivas en la aplicación de las normas de Defensa de la Competencia por la jurisdicción civil”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 1/2002, pp. 39-55.

exposición de motivos- en los principios de “prevención de daños” y de que “quien contamina, paga”. Esto, sin perjuicio de que puedan concurrir con otras sanciones administrativas o con la responsabilidad penal si los hechos generadores del daño fueron constitutivos de algún delito⁹³⁴.

Esta opción político-legislativa se fundamenta en que el medio ambiente, en tanto que es un bien jurídico colectivo, debe ser protegido por la Administración (ex artículo 45.2 CE) considerándose un interés general y público⁹³⁵. En consecuencia es indiscutible la legitimación en este ámbito del Estado⁹³⁶ respecto del *bien jurídico* ambiente, de titularidad colectiva, dejando al margen cualquier daño a derechos e intereses de los particulares que la ley califica de “no medioambientales”⁹³⁷ (art. 5 LRM). Y es que, recordamos, no hay que confundir la legitimación respecto de la reclamación por daños ecológicos con aquella referida al derecho de disfrute de un medio ambiente sano, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 45 sin que todavía exista consenso acerca de su naturaleza⁹³⁸.

⁹³⁴ Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, contra la flora, la fauna y los animales domésticos, vid., arts. 325-340 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A partir del 1 de julio de 2015 estos artículos serán redactados por los números 173-186 del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº77, de 31 marzo 2015).

⁹³⁵ “Público” en tanto en cuanto el Estado lo escoge como tal, por su importancia para el bienestar general de la población. L. GOMIS CATALÁ, op. cit., p. 323. En el caso español, el mandato constitucional lo encontramos en el artículo 45.2 CE.

⁹³⁶ El grado en el que esta legitimación se concreta sí varía de unos ordenamientos a otros. En algunos (por ejemplo, Italia, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Brasil, EE.UU) es más amplia que en otros, incluyendo la reclamación del coste de restauración del medio ambiente, aunque se hayan visto afectados recursos de titularidad privada si el interés medioambiental prevalece.

⁹³⁷ Así, la regulación de la responsabilidad medioambiental en sentido amplio está claramente fragmentada entre los daños ecológicos y su respectiva ley y los privados derivados –cuya tutela está excluida de la LRM–, que se circunscriben a la jurisdicción civil, sin que los daños a los intereses legítimos supraindividuales en el disfrute del medio ambiente hayan conseguido hacerse camino en la ley ni en la jurisprudencia.

⁹³⁸ Sobre la polémica doctrinal acerca de su consideración como derecho subjetivo, interés individual o meramente derecho social, vid. supra en capítulo I. Se ha afirmado que es irrelevante si existe o no el derecho subjetivo al medio ambiente adecuado ya que, en cualquier caso, la CE garantiza la tutela judicial efectiva para proteger los intereses legítimos, entre los que se encuentra el medio ambiente. Vid., A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., p. 614 y bibliografía allí citada. También, P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, La tutela..., op.cit., pp. 408 y 409; L. PÉREZ CORNEJO, op.cit., pp. 103 y ss. Especial interés a favor de su doble consideración como derecho subjetivo y fundamental (45.1 CE) y como principio rector de las actividades del Estado (45.2 y 3), vid. A. FIGUERELO BURRIEZA, op.cit., p. 13. Más bibliografía en el capítulo I, p.

La legitimación del Estado es evidente dada la naturaleza del bien, pero podría ser compartida por otros actores, algo que no ocurre en España donde, pese a la ratificación del Convenio de Aarhus, la participación ciudadana - individualmente o mediante las ONG- se limita a la posibilidad de solicitar inicio del procedimiento administrativo según la LRM (pudiendo ser desestimada su solicitud motivadamente por la autoridad administrativa competente en una decisión que será recurrible⁹³⁹), sin legitimación directa en el contencioso – a excepción del recurso de revisión-.

De esta forma, la LRM faculta a determinados “interesados” a solicitar el inicio de un procedimiento administrativo para reclamar –exclusivamente- por daños ecológicos (sin contemplar los privados). Es reseñable el concepto que la ley da a estos “interesados”: son los titulares de bienes, derechos o intereses *legítimos* que puedan resultar afectados por el daño medioambiental o por la amenaza de que éste se produzca⁹⁴⁰, así como de aquellas organizaciones que tengan entre sus fines la protección del medio ambiente. En otras palabras, los interesados del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como las personas jurídicas sin ánimo de lucro –entre las que tendríamos a las ONG ecologistas- que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

⁹³⁹ Y es que, con la intención de compensar el valor jurídico que se otorga a las solicitudes de exigencia de responsabilidad formuladas por los interesados distintos a la Administración y para evitar un uso espurio o abusivo de esta figura legal, la ley reconoce la potestad de la Administración pública competente para denegar aquellas solicitudes que sean manifiestamente infundadas o abusivas.

⁹⁴⁰ Nótese que es idéntica la justificación salvo que no se menciona el disfrute al medio ambiente sino el derecho al mismo cuando en realidad se hace referencia al primero, ya reconocido en la CE y ya constituyente de un interés legítimo en nuestra opinión que sería suficiente para la legitimación ordinaria de aquel que se viera vulnerado en su disfrute.

- b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
- c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.

No obstante, esta habilitación, exclusiva para solicitar el inicio del procedimiento administrativo, implica que cualquier posibilidad de reparación pase por la acción correcta de las Administraciones públicas, cosa que, desafortunadamente, no debiera presumirse –tal y como ya apuntaba la doctrina italiana *cit. supra*-, de tal manera que el principio “quien contamina paga”⁹⁴¹ queda supeditado a la actuación de la Administración en todo lo que no sean daños individuales (que, en muchos casos serán inferiores a los ambientales y que, además, debido a su fragmentación en pequeños y dispersos daños, pueden no constituir incentivo suficiente para que el individuo dañado decida litigar).

Por tanto, si bien la LRM ofrece un panorama claro de actuación respecto de daños ecológicos y ciertas innovaciones metodológicas, en línea con la Directiva europea, mantiene un papel predominante y legitimación exclusiva del Estado ante los tribunales –frente al responsable del daño no estatal-, dejando escaso margen de maniobra a la sociedad civil ante su eventual connivencia o inactividad. Por tanto, dejando al margen el proceso penal, la actuación de las ONG se restringe a esa solicitud no vinculante.

Sí se reconoce la participación de ciudadanos y asociaciones en la Ley 27/2006⁹⁴², que intenta concretar en nuestro ordenamiento los deberes de

⁹⁴¹ También es esto contrario a la Declaración de Río de 1992, vid. introducción, en su principio número 10, según el cual: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. (...) Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

información, participación pública y acceso a la justicia adquiridos por España tras la firma del Convenio de Aarhus (vid. *supra*), previendo la legitimación de las ONG ecologistas, en el ámbito administrativo, en los artículos 22 y 23 para los *casos en los que las conductas reprochables del artículo 18 sean atribuibles a autoridades públicas*.

Sin embargo, no puede considerarse una auténtica acción popular⁹⁴³ sino más bien una legitimación por habilitación legal, ya que de otro modo no podría justificarse que no se haya extendido la legitimación a los ciudadanos⁹⁴⁴, atribución que gran parte de la doctrina defiende, para que sea objeto de un reconocimiento generalizado. Y es que la regulación de la Ley 27/2006, restringida a determinadas personas jurídicas y dirigida solo contra Administraciones Públicas, no sólo va en contra de la innovadora figura propuesta por el art. 9.3 del Convenio de Aarhus, que permite plantear una acción por cualquiera frente Administraciones o personas –físicas o jurídicas- y en base a cualquier vulneración, sino que además es contraria a la acción popular prevista en el Derecho español⁹⁴⁵.

⁹⁴² Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), BOE nº 171, 19 de julio de 2006. Según el artículo 22: “Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992), así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (BOE nº 167, de 14 de julio de 1998). Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2.”

⁹⁴³ La *actio popularis* podría contemplarse, siguiendo con la configuración romana de dicha acción, que cualquier individuo pudiera iniciarla, en representación del Estado, sin que tenga un interés personal ni directo. No obstante, es poco probable que, al no obtener beneficio alguno –no existen ya las “recompensas” con parte de la indemnización por haber iniciado la acción-, un ciudadano vaya a realizarlo. Vid., F. VOEFFRAY, citado por A.S. DUPONT, op. cit., p. 218. Numerosos autores se posicionan a favor de un reconocimiento generalizado de la misma, sobre todo en el ámbito contencioso, vid. *infra*.

⁹⁴⁴ A. PEÑALVER I CABRÉ, “Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales”, en: A. PIGRAU SOLER (dir.), Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 349 - 403, especialmente, p. 382.

⁹⁴⁵ Así lo defiende A. PEÑALVER I CABRÉ, “Novedades...”, op.cit., p. 382.

Lo que parece claro es que, si bien la legitimación estatal –en tanto que es el Estado el representante natural de la colectividad y guardián de los intereses generales- es esencial, no debiera ser exclusiva⁹⁴⁶, por los motivos que ya enumeramos en el capítulo introductorio y que hacen referencia a los conflictos de interés –porque los intereses económicos o políticos sean con creces superiores a los ambientales o porque la administración tenga participación directa o indirecta en el negocio-, al posible papel de la Administración como actor contaminante, a su inactividad o falta de recursos, a la corrupción, etc.⁹⁴⁷.

Estos factores pueden eventualmente traducirse en una “ausencia de accionabilidad”⁹⁴⁸ que no debe justificarse en forma alguna. Quizás por esto, se han observado esfuerzos de otros países también sujetos a la Directiva europea en los que, como veremos, se han llevado a cabo modificaciones legislativas tendentes a reconocer un mayor papel a las ONG (por ej., Francia, Países Bajos) y del Derecho civil como herramienta práctica para lograr la efectividad del principio “quien contamina paga” y la reparación del bien, mientras que España se ha limitado a la Directiva con la LRM sobre cuya

⁹⁴⁶ No ha sido escasa la doctrina que ha señalado la insuficiencia y falta de adecuación de la legitimación exclusiva y excluyente del Estado. Especialmente la italiana, tal y como veremos más tarde. Una buena síntesis de las críticas doctrinales en: A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación...*, op.cit., pp. 179-187. También defendida por: L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., p. 64 y bibliografía allí citada. Para esta autora, dicha insuficiencia, sobre todo en cuanto se refiere a la reparación del daño, impulsa a la búsqueda de regulaciones de la tutela colectiva ya que “la actividad administrativa no puede desplazar a la tutela judicial como mecanismo más adecuado (o, al menos, complementario) para conseguir la realización del derecho en el caso concreto”. Vid., *IBÍDEM*, p. 65. Algunos autores hacen referencia a cómo el hecho de que se limite la tutela al Estado implica “un control monopolístico y antidemocrático de un aspecto fundamental de la realidad social en contraste con el pluralismo social que se desprende de la Constitución”. Vid. L. GOMIS CATALÁ, op.cit., p. 315, y bibliografía allí citada. También, *IBÍDEM*, en la pp. 323-324: “(...) una protección exclusivamente pública de estos intereses resulta inadecuada e insuficiente: efectivamente, en primer lugar, los intereses difusos, entre ellos los ambientales, superan la clásica dicotomía entre lo público y privado para integrar una nueva categoría de la cual es titular la colectividad (...)”.

⁹⁴⁷ Todos ellos pueden hacer que el principio de que *quien contamina paga*, supeditado a la actuación última de la Administración, se incumpla en no pocas ocasiones. También es esto contrario a la Declaración de Río de 1992, vid. introducción, en su principio número 10, según el cual: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. (...) Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

⁹⁴⁸ Vid., L. GOMIS CATALÁ, op.cit., p. 315.

aplicación aún no se han emitido informes, que nos consten, de valoración de su aplicación y eficacia en el cumplimiento de sus objetivos⁹⁴⁹.

2.1.1.2. Una posible acción popular para los daños al medio ambiente.

La acción popular en nuestro ordenamiento se reconoce en los arts. 19.1 de la LOPJ, 125 CE y 19 h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA/1998)⁹⁵⁰, condicionada a los casos y formas en que el ordenamiento establezca. El debate doctrinal⁹⁵¹ sobre si la previsión constitucional de acción popular estaba limitada al ámbito penal⁹⁵² o, por el contrario, podía entenderse referida a cualquier jurisdicción donde fuese oportuno de acuerdo a la naturaleza de la situación jurídica protegida (y siempre que una norma positiva así lo reconozca expresamente), quedó definitivamente zanjado con la inclusión del artículo 19 h) LJCA.

Así, se reconoce su papel en el contencioso-administrativo en materia ambiental⁹⁵³, pero de manera selectiva –en unos ámbitos no y en otros sí, sin

⁹⁴⁹ En Francia, por el contrario, la ley que traspuso la Directiva comunitaria y que está en la línea, lógicamente, de la LRM, sí ha recibido críticas numerosas por la complejidad y escasa aplicabilidad, como veremos *infra*.

⁹⁵⁰ BOE de 14 de Julio de 1998.

⁹⁵¹ A él se refiere P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, op. cit., pp. 363-364.

⁹⁵² Vid. arts. 101-107 Ley de Enjuiciamiento Criminal, Si bien con el proyecto de reforma de dicha ley se pretende limitar su uso indiscriminado para evitar usos abusivos, se entiende que están legitimadas tanto las personas físicas como las jurídicas –privadas-, por lo que las ONG podrían ser legitimadas activas en un proceso penal por delitos medioambientales siempre que se aprecie un interés general. Por tanto, se reconoce tal acción popular en el ámbito penal, pero con las dificultades de prueba que un proceso penal conlleva. Dejamos al margen las reflexiones respecto de este ámbito, aunque no conviene olvidar el poco efecto útil que en relación a la protección al medio ambiente y al principio de que quien contamina paga ha tenido el empleo de las acciones penales –en lugar de civiles- en España por daños por contaminación. Uno de los casos más significativos fue el *Prestige* (vid. supra.) Sobre la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vid., Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, Boletín Oficial de las Cortes Generales, BOCG nº 556, 6 de julio de 2015, pp. 97 y ss.

⁹⁵³ En la jurisdicción contencioso-administrativa la acción pública tiene un papel reconocido en el ámbito medioambiental -en leyes sectoriales, por ejemplo en la de protección de parques naturales, de patrimonio histórico-artístico o de costas: art. 304 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del

un criterio claro-, faltando sin duda un reconocimiento general en materia ambiental con idéntico fundamento al que tiene en otros ámbitos. Esto es: lo que se protege en todos estos casos no son intereses supraindividuales (difusos o colectivos) sino bienes –no intereses- jurídicos de relevancia general. Por ello, la legitimación no es colectiva sino popular, basada en el *interés cívico, homogéneo y generalizado*⁹⁵⁴ en el cumplimiento de la legalidad vigente para la protección de tales bienes, interés que se atribuye a todos los ciudadanos y que es distinto del interés legítimo supraindividual en su disfrute, que daría lugar a otro tipo de tutela y desde luego se fundamenta en un interés propio –aunque no excluyente- en el disfrute de dicho bien (medio ambiente).

El motivo de la exclusión de la acción popular de manera general en medio ambiente ha sido criticado por la doctrina⁹⁵⁵, especialmente en relación al argumento de que tal derecho podría dar lugar a usos abusivos. En este sentido, la STS 17 noviembre 2005 expresó lo siguiente:

“Es cierto que el instituto de la acción popular puede ser y ha sido objeto de abusos y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Pero esto es algo ajeno objetivamente al mismo y que no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con

Suelo y Ordenación Urbana (BOE nº 156, de 30 de junio de 1992); art. 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE nº 155, de 29 de junio de 1985); art. 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE nº 181, de 29 de julio de 1988); etc. Para ver un análisis detallado al respecto, vid. M.D. REGO BLANCO, “La acción popular como legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo en España. Estudio para una perspectiva de Derecho comparado”, en: J. FERNÁNDEZ RUIZ & J. SANTIAGO SÁNCHEZ (coord.), Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 313 – 342. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDFiscal/pdf/2-DOC.pdf> [Consulta: 7/7/2014]. También: D. LOPERENA ROTA & G. BALLESTEROS PINILLA, “El ejercicio de acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente”, *Revista jurídica de Castilla y León* nº26, enero 2012, pp. 177-210; P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, La tutela..., op. cit., pp. 364-367; L. GOMIS CATALÁ, op. cit., pp. 331-353.

⁹⁵⁴ P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, La tutela..., op. cit., p. 366. El autor diferencia así la legitimación colectiva que tendría su fundamento en la protección de un interés legítimo lesionado –en base al art. 24 CE y al art. 45 CE- de la legitimación popular que se basa en el mero interés de cumplimiento de la legalidad siempre que una ley lo prevea expresamente –ex art. 125 CE-, sin necesidad de que se verifique una lesión particular del sujeto accionante, vid., IBÍDEM, p. 368.

⁹⁵⁵ J. JORDANO FRAGA, La protección..., op.cit., pp. 307 y ss; A. PEÑALVER I CABRÉ, “Novedades...”, op.cit., p. 382.

sus fines institucionales contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico”⁹⁵⁶.

En consecuencia, la solución no es negarla sino establecer mecanismos que limiten los posibles usos abusivos⁹⁵⁷. Es por ello que el reconocimiento de una acción popular general en materia ambiental, respecto del bien jurídico –y físico- “medio ambiente”, sería recomendable en el ordenamiento español, opinión que comparten no pocos autores⁹⁵⁸, no sólo por los ya sabidos efectos positivos de la participación ciudadana sino también porque podría jugar un importante papel en los casos en los que los efectos en los intereses y derechos de los particulares fueran más indirectos, masivos, difusos o difícilmente constatables –siendo difícil de separar el interés general y el supraindividual de los afectados realmente- y, además, teniendo en cuenta que no se reconoce jurisprudencialmente la legitimación directa para alegar la vulneración del interés legítimo en el disfrute, lo cual limita a daños privados – sin necesidad de que se consiga la reparación del medio ambiente en sí- la posible acción de particulares.

En efecto, el fundamento de la acción popular en el cumplimiento de la legalidad no debería ser obstáculo para que, además de conseguirse la anulación de una decisión contraria a la legalidad vigente, se reviertan las consecuencias de tal decisión para que las normas vulneradas cobren “aplicación efectiva”⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ STS (Sala Penal) nº 1318/2005, de 17 noviembre 2005 [RJ 2006\60].

⁹⁵⁷ Como la condena en costas en caso de usos temerarios o de mala fe o la consecución del proceso aunque se produzca desistimiento. Vid., A. NIETO GARCÍA, “La discutible supervivencia del interés directo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 12, 1977, pp.39-58, p. 39.

⁹⁵⁸ P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, op. cit., p. 370 y bibliografía allí citada (A. PÉREZ MORENO, P. ESCRIBANO COLLADO, J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.C. BARBOSA MOREIRA, J. GONZÁLEZ PÉREZ). También: J. JORDANO FRAGA, *La protección...*, op.cit., pp. 307 y ss; A. PEÑALVER I CABRÉ, “Novedades...”, op.cit., p. 382.

⁹⁵⁹ Así lo determinó el Tribunal Supremo en la STS de 24 abril de 1978 [RJ 1978\1840] y aquellas que sirvieron de precedentes.

Por todo ello, nos parece que atribuir a los ciudadanos la defensa de estos intereses es esencial y, sin duda, una de las características de las sociedades libres, como recuerda J. MONTERO AROCA en una cita de PLUTARCO: “concedió indistintamente a todos el poder de presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado, porque herido que fuese cualquiera o perjudicado, tenía derecho el que podía o quería citar en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros del mismo cuerpo”⁹⁶⁰.

Esta propuesta se enmarcaría, eso sí, en el Derecho administrativo –por supuesto, en el penal- ya que dada la dimensión marcadamente individualista del Derecho civil y otras consideraciones políticas y económicas, la convivencia del proceso civil con la acción popular parece hoy por hoy imposible en nuestro ordenamiento. Así, el TS afirmó:

“La acción popular (artículo 125) no abarca en la actualidad el proceso civil” y “(...) sólo la legitimación vincula al juzgador para dictar una sentencia de fondo respecto de los derechos e intereses legítimos de quien acciona pero sin que la Constitución atribuya el derecho a la jurisdicción para defender derechos o intereses ajenos sobre los que ninguna disposición tenga el sujeto accionante”⁹⁶¹.

No obstante, no hay que olvidar que este planteamiento, en el que la acción civil y la participación de individuos y organizaciones en el proceso tienen un papel complementario al de la Administración pero reconocido, no está tan lejos de nuestra cultura jurídica si tenemos en cuenta que el antecedente inmediato en el ordenamiento interno de la actual LRM es el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental (basado en el art. 45 CE y en la necesidad de ampliar y adaptar el art. 1902 CC), tramitado durante los últimos años de la VI

⁹⁶⁰ PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Tomo I, Solón, XVIII, *in fine*, citado por: J. MONTERO AROCA, op.cit., p. 407. Puede consultarse en: http://www.imperivm.org/cont/textos/txt/plutarco_vidas-paralelas-ti-solon.html [Consulta: 19/12/2014].

⁹⁶¹ STS (Sala de lo Civil), nº 313/1994 de 8 abril de 1994 [RJ 1994\2733].

Legislatura (1996-2000), que decayó con el final de ésta.

Este Anteproyecto proponía el establecimiento de un régimen de responsabilidad por daños al medio ambiente caracterizado, a diferencia del instaurado por la LRM, básicamente como civil, mayoritariamente objetivo y limitado⁹⁶², en el que se concedía legitimación activa, además de a los particulares afectados, a las organizaciones sociales cuyo objeto fuese la defensa del medio ambiente⁹⁶³ para interponer acciones civiles de reparación por daños ecológicos⁹⁶⁴, junto con la Administración Pública titular del bien de dominio público dañado y la Administración General del Estado, Comunidad Autónoma y Ente Local del lugar en el que se haya producido el deterioro ambiental.

Sin duda este régimen apuntaba a una superación de la dicotomía entre lo público y lo privado acorde a la evolución de los daños masivos y de la pluralidad de intereses implicados en el ámbito del medio ambiente, por no hablar de las implicaciones que esta opción política-legislativa hubiera tenido en los casos de daños transnacionales en supuestos de tráfico externo que, como veremos a continuación, tienen un tratamiento insuficiente en el marco de la LRM.

⁹⁶² Vid., C. DE MIGUEL PERALES (coord.), Guía práctica de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, Uría y Menéndez, Diciembre 2007. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2697/documento/GuiaUM.pdf?id=2930> [Consulta: 9/7/2014].

⁹⁶³ En el caso de litigar por daños ecológicos parece que éstas hubieran actuado en el proceso civil en nombre propio pero en defensa de un derecho o interés de titularidad colectiva (que no les es propio), en una suerte de sustitución procesal del Estado que es el titular de los bienes ambientales.

⁹⁶⁴ Entre sus notas principales estaban las siguientes: establecía un sistema de responsabilidad civil objetivo, por el principio de que "quien contamina paga"; recogía la regla de la solidaridad en caso de que sean varios los causantes del daño y el resarcimiento de los daños incluía la reparación de los mismos y la restauración de las agresiones producidas como consecuencia del deterioro del medio ambiente; preveía la solicitud de medidas preventivas para evitar el daño; se fijaba un tope máximo de indemnización; se sometían las actividades con incidencia ambiental a un régimen de aseguramiento obligatorio. Vid., L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, "La protección civil del medio ambiente", Conferencia dictada en el Comité económico y social de la Comunidad Valenciana, disponible en: <http://www.ces.gva.es/pdf/conferencias/01/5.pdf> [Consulta 9/7/2014].

2.1.1.3. Los daños ecológicos transnacionales y la insuficiencia de la LRM. La ausencia de previsiones ante daños causados por grupos multinacionales en el exterior.

Sin duda, el carácter global del medio ambiente y sus repercusiones transfronterizas retan igualmente dicha consideración del Estado como único legitimado y ponen en evidencia su limitado ámbito de actuación ante daños transnacionales⁹⁶⁵. Esta limitación se une a la de por sí compleja naturaleza de los daños ambientales y, en España, a las insuficientes previsiones respecto del carácter transnacional de dichos daños en el régimen administrativo de la LRM.

En efecto, es evidente el insuficiente tratamiento de los daños transfronterizos⁹⁶⁶ y el inexistente tratamiento de los daños transnacionales en la LRM, que parece ignorar la frecuencia de éstos y el hecho de que los agentes causantes del daño ambiental y sus actividades son difícilmente adscribibles a un único Estado/Administración.

Así, si bien son positivas⁹⁶⁷ las medidas de información, colaboración y comunicación⁹⁶⁸ que la LRM prevé en caso de daños transfronterizos (art. 8),

⁹⁶⁵ No abordaremos aquí la posible legitimación de la UE para reclamar por daños ambientales transfronterizos intracomunitarios, cuestión que desborda el objeto de este trabajo pero que sería de interés para futuras investigaciones.

⁹⁶⁶ Criticado por la doctrina. Vid., entre otros, B. SORO MATEO, "Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la ley de responsabilidad ambiental", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 35, Instituto Aragonés de Administración Pública, 18/11/2009, texto disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/22/docs/Instituto%20Aragonés%20Adm%20Pública/Revista%20Aragonesa%20Adm%20Pública/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Número%2035/SORO_05_35.pdf [Consulta 19/10/2014], pp. 214 y ss. Para dicha autora, es insuficiente su tratamiento, quedando "sin resolver problemas cruciales como los derivados de la determinación de la normativa aplicable a daños causados por empresas europeas que operan fuera de la UE, la determinación del sujeto responsable o la concreción de las medidas reparadoras exigibles, entre otras."

⁹⁶⁷ Aunque no debemos olvidar que no sería extraño que la práctica de estas medidas puede ser descoordinada entre las respectivas autoridades competentes de los Estados miembros. Vid., M. DE LAS HERAS Y OJEDA, "Responsabilidad ambiental: Derecho español y comunitario", Curso Experto 25 julio 2007, disponible en: http://huespedes.cica.es/gimadus/17/05_respon_ambiental.html#iv3 [Consulta: 19/10/2014].

⁹⁶⁸ "1. Cuando un daño medioambiental afecte o pueda afectar a varios Estados miembros,

no es suficiente que aquéllas se limiten a Estados miembros de la UE, teniendo en cuenta que España presenta cercanía geográfica con otros países no miembros de la UE y, además, que la actividad empresarial actual fácilmente puede dar lugar a daños en países no fronterizos que presenten vinculaciones con España, especialmente, en razón del actor contaminante.

Existe un vacío en relación a la posible responsabilidad de empresas pertenecientes a grupos de sociedades, ya que si bien se prevé la extensión de la responsabilidad a la matriz (art. 10), algo reseñable, se entiende que el daño ha de producirse en el Estado español. Pero, ¿qué hay de los extraterritoriales causados por empresas españolas? La LRM, como afirma M. DE LAS HERAS OJEDA, “podría haber contemplado la posibilidad de exigir responsabilidad en España a estas empresas deslocalizadas o la obligación de tener un sistema de aseguramiento similar al que se exige para la realización de esas actividades potencialmente peligrosas, de tal modo que fuera necesario que las empresas prestasen las mismas garantías aunque la actividad se vaya a realizar fuera del territorio nacional, siempre que estén domiciliadas en España”⁹⁶⁹.

En todo caso, parece que las cuestiones referidas a este supuesto quedarían al sujetas a la responsabilidad extracontractual⁹⁷⁰. Y es que, por otra parte, si consideramos que el fundamento del régimen administrativo y de la legitimación estatal se basa en la titularidad colectiva del bien jurídico ambiente

dichos Estados miembros colaborarán, entre otras cosas mediante un intercambio adecuado de información, para velar por que se adopten medidas preventivas y, en caso necesario, reparadoras, respecto de cualquier daño medioambiental de esta índole. (...)3. Cuando un Estado miembro identifique dentro de sus fronteras un daño que no se haya ocasionado dentro de ellas podrá informar de ello a la Comisión y a cualquier otro Estado miembro afectado; podrá formular recomendaciones para la adopción de medidas preventivas o reparadoras y podrá intentar, de conformidad con la presente Directiva, recuperar los costes que le haya supuesto la adopción de medidas preventivas o reparadoras.” (Artículo 15 de la Directiva 35/2004/CE).

⁹⁶⁹ “Responsabilidad ambiental: Derecho español...”, op.cit.;

⁹⁷⁰ Entre otras: si un Estado identifica dentro de sus fronteras un daño que no se haya ocasionado dentro de ellas: ¿qué puede hacer la Administración?, ¿qué medidas podrían adoptarse para la reparación del daño?, ¿y a la inversa? La ley del Estado en el cual se origina el daño, ¿podría aplicarse a un supuesto extraterritorial para conseguir reparar el daño causado en el territorio del país que soporta el perjuicio ecológico? Etc.

–entendiéndose que el Estado español será el responsable de tutelar el medio ambiente de su territorio–, parecería extraño que la Administración pudiera gestionar las indemnizaciones o la reparación, simplemente, del medio ambiente en otro Estado soberano⁹⁷¹. Esto no sería obstáculo para que, siempre que el Estado afectado fuera el solicitante, se pudiera iniciar un procedimiento de reparación de tales daños extraterritoriales, de manera que “quien contamine pague”, con fundamento en el respeto de todos los principios de protección medioambiental internacionalmente aceptados y de manera coherente con el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

Por tanto, desde una óptica nacional, española⁹⁷², la LRM sólo ampararía la reparación del perjuicio ecológico verificado en las fronteras españolas –aunque se colabore en caso de daños transfronterizos- de modo que, ante los daños verificados en países en vías de desarrollo -con un sistema de responsabilidad ambiental poco o nada desarrollado- causados por empresas domiciliadas en España, pareciera no haber alternativa o foro de necesidad para la efectiva reparación del perjuicio ecológico y el cumplimiento del principio “quien contamina paga”. Esto es así al no reconocerse respecto de aquél la vía civil y no haber previsiones administrativas al respecto, permitiéndose con ello la pervivencia de paraísos de responsabilidad medioambiental para los grupos multinacionales (cuando operan en lugares con normativas ambientales que no contemplan el perjuicio ecológico o no lo hacen con rigor, o bien se trata de países con corrupción en los que ni el gobierno ni el poder judicial van a respetarlas), que no repararán más que los daños a particulares -que sí pueden alegarse extraterritorialmente, como vimos- siempre que éstos consigan cumplir con todas las exigencias procesales y sustantivas y hacer acopio de los medios suficientes para la demanda en el extranjero, algo poco probable, entre otras cosas, por la “apatía

⁹⁷¹ Sobre la eficacia extraterritorial de actos administrativos, vid., A. YBARRA BORES, La eficacia extraterritorial de los actos administrativos sancionadores en derecho internacional privado, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2005, 357 pp.

⁹⁷² Abordar esta cuestión desde los ordenamientos de otros países daría sin duda lugar a respuestas diferentes. Por ejemplo, la próxima inclusión del perjuicio ecológico en el Código Civil francés cambiaría completamente el discurso y las posibilidades procesales ante daños ecológicos transnacionales.

racional” de los perjudicados ante el balance coste-beneficio tan poco favorable para ellos⁹⁷³.

En consecuencia, concretamente en el caso de España y de otros Estados miembros de la UE –siguiendo la Directiva comunitaria 35/2004/CE-, con predominio de la responsabilidad administrativa para los daños ecológicos, la operatividad y suficiencia del sistema de la LRM –y del régimen de la Directiva- ante estos daños transnacionales de masa debe ser puesta en duda. La cuestión, por tanto, de la legitimación ante daños ecológicos transnacionales verificados en el extranjero queda fuera del estudio en nuestro país.

Ahora bien, somos conscientes de que el esquema normativo basado en el Estado nacional como titular de los recursos naturales es insuficiente para hacer frente a los desafíos que, frente a aquéllos, plantea la globalización. Si considerásemos que la titularidad del bien ambiente no es “nacional” –puesto que el principio de soberanía sobre los recursos naturales no es más que una convención creada para la gestión y el aprovechamiento del bien- sino “global”, en tanto que se trata de un bien común a todos los seres humanos e inapropiable y cuya reparación debería ser un imperativo ético con independencia del lugar de verificación, quizás el Estado podría actuar como sustituto procesal pero no como titular real, correspondiendo tal derecho a todos las personas.

Nos parece necesario un cambio de perspectiva, ya sea en base a la actuación extraterritorial de Derechos nacionales –que podría fundamentarse en el actor causante del daño y su vínculo con el Estado que aplica extraterritorialmente la ley por sus deberes internacionales de proteger el medio ambiente y de hacer cumplir la ley a las empresas domiciliadas en su territorio- o en base a la creación de mecanismos internacionales de reparación medioambiental que pudieran superar las limitaciones nacionales que tan fácilmente superan las empresas en su actividad. Sin embargo, los intereses económicos, la falta de voluntad política y la aún inaprehendida globalización

⁹⁷³ Utiliza esta expresión A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 599 y ss.

por el Derecho, hacen de este camino algo improbable, sobre todo en lo que respecta a las normas materiales internacionales.

Dejando al margen tal debate, parece claro que, ante la realidad de la insuficiencia estatal, cerrar la puerta a que sean los propios individuos o determinadas asociaciones los que puedan accionar para defender un derecho –cuanto menos interés legítimo– que la Constitución sanciona, no parece la mejor de las soluciones. Fruto de esta constatación y de la reconocida insuficiencia de la protección indirecta del medio ambiente que proporciona el ordenamiento civil al juzgar daños privados derivados de los ambientales⁹⁷⁴, se ha observado en otros ordenamientos, como abordaremos *infra*, una tendencia a ampliar la legitimación a asociaciones e incluso a particulares, mediante diferentes construcciones.

2.1.2. En Derecho comparado: Italia vs. Francia y Portugal.

Como decíamos, la legitimación para iniciar un procedimiento judicial correspondiente en exclusiva al Estado y a otros organismos públicos (entes territoriales, por ejemplo) es común en no pocos Estados de la Unión Europea que, en general, pese a la ratificación del Convenio de Aarhus, muchas veces limitan la participación de las ONG a acciones preventivas o a un mero poder de intervención o de solicitud de apertura del procedimiento administrativo, sin verdadera legitimación procesal.

Dentro de este modelo estaría, junto con España y otros, Italia, aunque con algunos matices. Además, Alemania –o Eslovaquia–, a pesar de la doctrina que se deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de mayo de 2011⁹⁷⁵ son de los países más reticentes en el ámbito de la UE a reconocer la

⁹⁷⁴ A.S. DUPONT, *op.cit.*, p. 42.

⁹⁷⁵ STJUE (Sala Cuarta), de 12 de mayo de 2011, as. *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo -*Oberverwaltungsgericht*- del Land de Nordrhein-Westfalen (Alemania). El TJUE concluye que el artículo 10 bis, párrafo tercero, última frase, de la Directiva 85/337, “debe interpretarse en el sentido de que, entre los *derechos susceptibles de sufrir un menoscabo*, derechos cuya titularidad se reconoce a las asociaciones de defensa del medio ambiente, deben figurar necesariamente las normas de Derecho nacional que aplican la legislación de la

legitimación de ONG ambientalistas, ni siquiera en la jurisdicción contenciosa-administrativa.⁹⁷⁶

Sin embargo, existen también países, como Francia –con una reciente propuesta a punto de ser aprobada-, Portugal o, fuera de la UE, Brasil, cuyas regulaciones incluyen la legitimación de asociaciones e, incluso, de particulares en relación a los daños ecológicos.

- Italia

Así, en el ordenamiento italiano la legitimación para reclamar por daños ambientales pertenece al Estado⁹⁷⁷ –y los distintos entes territoriales-, en tanto que entidades representativas de la colectividad y de sus intereses⁹⁷⁸. Al considerarse el daño al medio ambiente como un daño de naturaleza pública, sólo los sujetos públicos –que cumplen una función de policía para garantizar el disfrute y la conservación de los recursos naturales- están legitimados para plantear una acción de resarcimiento por daños⁹⁷⁹. Por su parte, las

Unión en materia de medio ambiente, así como las normas de Derecho de la Unión de medio ambiente de efecto directo”. Igualmente dictamina que una asociación ambientalista puede fundar un recurso contra una autorización de proyectos que puedan tener importantes repercusiones sobre el medio ambiente en el sentido del artículo 1.1 de dicha Directiva, pese a que el Derecho procesal interno no lo permita, por el efecto directo de la disposición (vid., puntos 48, 53-59).

⁹⁷⁶ J. ORTEGA BERNARDO, “¿Quién ha apostado por la efectiva implantación del derecho de acceso a la justicia a favor de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente?”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 octubre 2011, pp. 1-14, artículo disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/09/2011_09_Julia_Ortega_Acceso-justicia-ONG.pdf [Consulta: 10/04/2015].

⁹⁷⁷ Sí existe un acción colectiva, representativa, para la adopción de medidas cautelares en el ámbito medioambiental (junto con el de consumo, anti-discriminación, inmigración y trabajo).

⁹⁷⁸ Procedimiento para la reparación del daño ambiental (ecológico) en el que se establece la legitimación del Ministro del Ambiente para iniciar acción de reparación administrativa, en: Decreto Legislativo 3 abril 2006, número 152, *Norme in materia ambientale*, publicado en *Gazzetta Ufficiale* n° 88 del 14 de abril de 2006 - suplemento ordinario n° 96, disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06152dl5.htm#267> [Consulta: 4/9/2014]. Especialmente, referida al Ministro del Medio Ambiente, art. 311.1.

⁹⁷⁹ Amplio estudio sobre la legitimación activa en Italia que, si bien se refiere a artículos derogados tiene plena vigencia en sus argumentos y reflexiones por la permanencia del régimen de legitimación exclusiva de los entes públicos en la acción civil, en sede penal, para la reparación de daños al medio ambiente en Italia en: A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación...*, op.cit., pp. 179-254. Nótese que la legitimación no se basa en la titularidad

asociaciones ecologistas que cumplan los requisitos fijados en la ley⁹⁸⁰, sólo ven reconocidos el poder de intervenir en el proceso⁹⁸¹ (pero sin iniciar la acción, según el artículo 18. 5) y la posibilidad de recurrir en sede administrativa actos ilícitos de la Administración, así como un genérico poder de denuncia que no lleva aparejado la obligación de intervenir para aquélla. Esto se consideró un retroceso respecto de la práctica jurisprudencial previa, que era más flexible y solía valorar caso a caso dicha legitimación.⁹⁸²

Esta elección político-legislativa fue fuertemente criticada por la doctrina italiana⁹⁸³ -críticas que bien pueden hacerse extensibles a cualquier ordenamiento que limite la legitimación a la del Estado-, sobre todo en relación a la negación de la legitimación de asociaciones ecologistas para la reparación del daño.

estatal del medio ambiente en tanto que es de todos o de nadie, sino en el deber de la Administración de protegerlos para garantizar el disfrute. Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 627 y ss.

⁹⁸⁰ Vid. art. 13 Ley de 8 julio de 1986, n° 349, *Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*, publicado en *Gazzetta Ufficiale* n°162 del 15 de julio de 1986, disponible en: http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/vari/criteri_interpretativi_art13_legge_349_86.pdf [Consulta: 4/7/2014].

⁹⁸¹ Intervención que también se permite en los procesos civiles en los que apoyen la petición del demandante –ente público- de que se repare el perjuicio ecológico causado. No abordaremos este tema en detalle por su escasa relevancia, al estar igualmente sujeto a la iniciativa de la Administración. Vid., N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs*, Final Report, 2005, p. 19. Disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-23/Amicus%20brief/AnnexHSadeleerReport.pdf> [Consulta: 20/10/2014]. Haremos referencia a este informe online y los números de páginas citadas corresponderán a éste, si bien es reseñable el libro publicado con el informe general y el de los diferentes países que participaron en el estudio (Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos y Portugal): N. DE SADELEER, G. ROLLER, & M. DROSS, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005.

⁹⁸² A. CABANILLAS SÁNCHEZ, op. cit., p. 183.

⁹⁸³ Entre otros, fueron críticos con tal regulación: M. ALOISIO, S. RODOTÀ, P. PERLINGIERI, M. LIBERTINI, A. POSTIGLIONE, B. CARAVITA, P. TRIMARCHI, M. COMPORTI, P. MADDALENA, en: A. CABANILLAS SÁNCHEZ, op. cit., pp. 180-187.

Entre las principales críticas, se argumenta que existe una incoherencia o incluso inconstitucionalidad del art. 18.5 en relación a las asociaciones ya que éstas son reconocidas como portadoras de intereses legítimos y, al contrario que en la tutela conducente a la reparación, sí gozan de legitimación en la tutela invalidatoria (M. LIBERTINI); se objetó que su efecto preventivo hubiera sido mucho mayor con la admisión de la tutela a ciudadanos y asociaciones (P. TRIMARCHI); igualmente se aduce que el fundamento de tal restricción no es jurídico sino político: la acción se iniciará o no en base a la discrecionalidad político-administrativa⁹⁸⁴ sin que importen criterios de obligatoriedad, lo que puede ocasionar que el recurso al litigio sea escaso, bien porque sea la propia Administración Pública la que haya causado el daño o se vea directamente implicada en la actividad que lo ha provocado, bien por no actuar contra empresas privadas que de manera que eso perjudique el empleo, los costes productivos o datos económicos o fiscales.⁹⁸⁵

Por su parte, la legitimación del individuo no se reconoce más allá del único y genérico papel de denuncia en el procedimiento administrativo. Esto también generó críticas en la doctrina, por el choque entre la definición del derecho al medio ambiente como derecho fundamental de la persona y el ámbito tan restringido de su tutela (M. COMPORTI). Para A. POSTIGLIONE, tal decisión de no contar con esa legitimación del ciudadano que no actuaría en defensa de un derecho de otro, sino de un derecho propio, se basa en “prejuicios o fórmulas rituales no sujetas a una crítica objetiva y realista”⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ Vid., entre otros: A. POSTIGLIONE, “L’azione civile in difesa dell’ambiente”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 1987, pp. 319-320, especialmente, p. 306.

⁹⁸⁵ A. POSTIGLIONE, “La responsabilità civile per danno ambientale nel quadro dell’unità della giurisdizione” en: AA.VV., *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di Perlingieri, Napoli, 1991 pp. 120 y ss. Dicha opinión sobre la frecuente involucración del Estado en la causación del daño ambiental y sobre la inconveniencia de supeditar la acción de alguna forma al poder político es compartida por B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell’ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 370 y ss.

⁹⁸⁶ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, op. cit., p. 184. Además, se argumenta que si el motivo es el incremento desproporcionado de acciones, con independencia de que existen medidas distintas a su negación para evitar aquéllas infundadas, no parece razonable que aquel motivo justifique también la decisión en el caso de las asociaciones, controladas administrativamente.

A pesar de que algunas sentencias de la Corte Suprema de Casación italiana superaron, con una interpretación extensiva, la restrictiva legitimación del artículo 18 de la Ley de 1986⁹⁸⁷, el panorama legislativo no ha variado en cuanto a la legitimación exclusiva del Estado con el Decreto Legislativo de 3 abril 2006, número 152, *cit. supra.*, que modificó la Ley 349/1986. Según éste el Estado es el único legitimado y, en consecuencia, el que se hará cargo de gestionar las indemnizaciones obtenidas en caso de reparaciones –sí contempladas en la Ley 349/1986, aún en vigor-. Así ocurrió en el caso *Haven*. Esta solución, no obstante, si bien abre una puerta a las reclamaciones por daños ecológicos puros –mejor que pueda el Estado a que no pueda reclamar nadie⁹⁸⁸-, sigue siendo criticada por la doctrina⁹⁸⁹, que en general considera que sería mejor que asociaciones ecologistas se hicieran cargo de ellas para evitar el desvío del dinero del fin de reparación ambiental, y porque si el Estado es el único administrador, es más difícil que las comunidades afectadas puedan supervisar o exigir el cumplimiento del fin de la indemnización.

Al mantenimiento de esta concepción en Italia, al igual que en España, ha contribuido la postura de la UE en la Directiva 2004/35/CE, en la que, pese a las críticas doctrinales y a la línea anterior que, tras numerosas reflexiones, apuntaba a un sistema de responsabilidad civil para los daños ambientales⁹⁹⁰,

⁹⁸⁷ Sentencias de la Corte Suprema de Casación, Sección III, de 26 de febrero 1992 y, posteriormente, de 17 de marzo, 11 de abril y 13 de noviembre de 1992, según las cuales la posibilidad que se otorga a asociaciones de intervenir quedaría vacía de contenido sin que se reconozca la posibilidad en: A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 188.

⁹⁸⁸ Nótese que al configurarse el daño contra el Estado y no contra la colectividad tampoco el Ministerio Público interviene. Vid. A. POSTIGLIONE, “La responsabilità...”, *op.cit.*, pp. 120 y ss., citado por A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁸⁹ Entre otros, aunque refiriéndose a un tipo específico de daño cubierto por Convención aplica la misma lógica, vid., CH. WU, *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, Monaco Pedone, París, 1994, pp. 453-454.

⁹⁹⁰ Desde los primeros proyectos, que datan de 1984, pasando por el Libro Verde, el Libro Blanco y, aunque en el marco del Consejo de Europa pero con clara vinculación a las iniciativas supraestatales, el Convenio de Lugano de 1993 que no llegó a entrar en vigor. Vid., respectivamente: COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council and Parliament and the Economic and Social Committee, Green Paper on Remedying Environmental Damage*, Bruselas, 14 mayo 1993, COM (93) 47 final, disponible en: http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/environmental_damage_gp_com_93_47.pdf [Consulta: 25/10/2014]; COMISIÓN EUROPEA, *White Paper on Environmental Liability*, Bruselas, 9 febrero 2000, COM (2000) 66 final, disponible en: http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full.pdf [Consulta: 25/10/2014].

se inclinó, bajo la presión constante de los *lobbies* industriales, por un sistema de responsabilidad administrativa en el cual es la “autoridad competente” la que ostenta el papel vinculante principal, si bien basándose en conceptos que pertenecen claramente al Derecho de la responsabilidad. El Prof. G. MARTIN califica esta regulación como “fracaso anunciado” por varios motivos que merece la pena apuntar:

“Cet échec annoncé a de multiples causes, parmi lesquelles il est possible d'en retenir trois principales: d'une part, la méthode consistant à légiférer par référence, qui conduit la directive à organiser la prévention et la réparation des dommages causés à des biens protégés au titre d'autres directives connues par un petit quarteron de spécialistes⁹⁹¹; d'autre part, la limitation abusive du périmètre de la responsabilité environnementale dont le régime comporte tant de conditions, prévoit tant d'exceptions et de limitations qu'il en est vidé de son contenu; enfin, la quasi-exclusion de la société civile, la procédure étant essentiellement confié à «l'autorité compétente»⁹⁹².

Es todo esto lo que explica que, en el marco de una presión social fuerte, se hayan tomado ulteriores iniciativas en Francia –como veremos *infra*- que pretenden mejorar la situación, mal atendida, por otra parte, por la jurisprudencia. Igualmente, en relación a la última de sus críticas, referida a la sociedad civil, es importante reseñar que no todos los países han relegado al mero poder de denuncia o de solicitud a los ciudadanos y a las ONG, si bien, y esto es una muestra más de la confusión y de la falta de una regulación

⁹⁹¹ Cfr en ce sens, N. DE SADELEER, « La directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale: avancée ou recul pour le droit de l'environnement des États membres? », in G. Viney et B. Dubuisson (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen - Point de vue franco-belge*, Schulthess, Bruylant et L.G.D.J., 2006, pp. 731 et s. [nota incluida en la cita].

⁹⁹² G. MARTIN defiende que el legislador europeo cambió completamente de rumbo con la Directiva, sin responder a las demandas sociales existentes para responsabilizar a los autores de los perjuicios ecológicos y lograr la participación social. Tras analizar el régimen adoptado y los posibles motivos, afirma: “L'accueil enthousiaste de ce texte, y compris par le monde du pollueurs, aurait dû mettre la puce à l'oreille!” Vid. G. MARTIN, “L'entrée de la réparation du préjudice écologique dans le Code Civil : les projets en Droit français”, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, n° 4, abril 2014, pp. 15063(1)-15063 (6), p. 2. Disponible en: <http://editions-larcier.larciergroup.com/resource/larcierfr/pdf/RGAR042014intro.pdf> [Consulta: 23/10/2014].

consistente y homogénea, las soluciones que normativa o jurisprudencia han dado en cada Estado miembro no se refieren, en la gran mayoría de los casos, a legitimaciones populares frente a daños ecológicos –en el marco del régimen que regule la responsabilidad ambiental en cada Estado- sino que intentan otorgar una protección indirecta del bien medio ambiente concediendo la legitimación a asociaciones ecologistas por medio de construcciones basadas en el daño a sus intereses como asociación –en tanto que la protección ambiental ha sido incorporada a sus estatutos como fin social-⁹⁹³.

Así, en algunos Estados – Países Bajos, Bélgica, Francia, etc.- las ONG ambientalistas que cumplan con determinados requisitos ⁹⁹⁴ podrán complementar la a veces insuficiente actuación estatal⁹⁹⁵. En este proceso ha coadyuvado la ratificación por la Unión y por numerosos Estados del Convenio de Aarhus⁹⁹⁶, que reconoce claramente la legitimación de las ONG si bien sujeta al Derecho interno de cada Estado⁹⁹⁷.

Ahora bien, en los ordenamientos en los que sí se les reconoce un papel activo, las ONG están en la gran mayoría de los casos legitimadas para actuar en la jurisdicción contenciosa administrativa⁹⁹⁸ -no civil- porque, como ya

⁹⁹³ Veremos los ejemplos *infra*, a propósito del siguiente apartado.

⁹⁹⁴ A saber, personalidad legal, la inexistencia de ánimo de lucro, la conexión territorial, el tiempo de antigüedad, su representatividad, su carácter democrático, que esté acreditada por el Gobierno en base a estándares objetivos como número de miembros, actividades, transparencia, etc. Éstos varían muchísimo en Derecho comparado –en el ámbito de la UE- y algunos pueden resultar arbitrarios o limitadores, en la práctica, del acceso a la justicia por parte de las ONG. Vid., especialmente: N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., *Access to Justice in...*, op.cit., pp. 24-28 y 38.

⁹⁹⁵ Vid., reflexión sobre la importancia de la legitimación de las ONG ambientales en este ámbito y la insuficiencia estatal, K. RELVE, “Standing of NGOs...”, op.cit., p. 167.

⁹⁹⁶ Información sobre el estado de ratificación del Convenio disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en [Consulta: 22/10/2014].

⁹⁹⁷ No obstante, su participación es indiscutible. Muestra de ello es la STJUE en relación al Derecho alemán, que debe interpretarse en función del Convenio y garantizar el acceso a la Justicia de las ONG. Vid., STJUE de 12 de mayo de 2011, as. *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09, op.cit.

⁹⁹⁸ Entre otros, Alemania (en la mayoría de los Länder ante tribunales administrativos) e Italia, con la reglamentación más limitativa del acceso de las ONG a los tribunales administrativos;

dijimos y a pesar de las críticas –por la falta de precisión y confusión de términos-, se considera de manera general la protección del medio ambiente un interés no atribuible a ningún particular específicamente –tampoco a una asociación privada- y, por tanto, es deber de las autoridades públicas, bajo esa rígida separación de lo público y lo privado a la que llama el liberalismo, protegerlo en tanto que interés “de todos”⁹⁹⁹.

Esto hace que, por muy flexibles que sean los requisitos de la legitimación de las ONG, éstas puedan ser buenas controladoras de la actividad de la Administración en el mejor de los casos pero no consigan realizar verdaderamente la función de protección del interés colectivo en la protección del medio ambiente que se les atribuye y que pretenden¹⁰⁰⁰.

Ahora bien, existen honrosas excepciones, entre las que se encuentran Francia –con una propuesta a punto de ser aprobada definitivamente-, Portugal y, fuera de la UE, Brasil.

- Francia

Francia ya contemplaba, antes de la aprobación de la Directiva europea 35/2004/CE la legitimación civil de las ONG en relación a daños ambientales pero bajo una justificación privada que se basaba en el daño moral por el perjuicio a sus intereses, lo cual abordaremos en el próximo epígrafe.

Ahora bien, la lejanía que se observó del régimen de la Directiva con el panorama preexistente y la fuerte demanda social¹⁰⁰¹ en la dirección de mejorar la tutela por los perjuicios medioambientales, así como la posterior

Francia, Bélgica, etc. Vid., N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., Access to..., op.cit., pp. 21-24.

⁹⁹⁹ Esta postura se ha criticado mucho pero sigue siendo la vigente en la mayoría de los países de la UE. Vid., K. RELVE, “Standing of NGOs...”, op.cit., p. 177.

¹⁰⁰⁰ K. RELVE, “Standing of NGOs...”, op.cit., p. 174

¹⁰⁰¹ Así lo constata G. J. MARTIN, “L’entrée de la réparation....”, op.cit., *pássim*.

constatación de una falta de utilización en la práctica de los preceptos de la Ley nº2008-757 (LRE)¹⁰⁰², de 1 de agosto, que traspuso la Directiva, motivaron cambios en el régimen de responsabilidad medioambiental.

La doctrina se apresuró a defender lo incoherente que sería que una directiva europea cuyo fin es la mejor protección medioambiental diera al traste¹⁰⁰³ con un edificio jurídico creado por la *Cour de Cassation*¹⁰⁰⁴ y por el legislador durante más de 30 años, fruto del cual se reconoce un papel claro, tanto en litigios civiles, como penales y administrativos, a las ONG ecologistas. La legitimación civil había demostrado su importante papel como señala B. BUSSON:

¹⁰⁰² Ley nº 2008-757 del 1 de agosto de 2008 *relative à la Responsabilité Environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement* [NOR: DEVX0700028L]; (en adelante: LRE). Texto actualizado en: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019277729> [Consulta: 29/10/2014]. Vid., sobre la aplicación de dicha ley y su lectura crítica, el informe encargado por la Ministra de Justicia en Francia: Y. JEGOUZO (DIR.) ET AL., *Pour la réparation du prejudice écologique, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, „Ministre de la Justice, 17 septembre 2013, punto B.1, pp. 8 y 9.* Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf [Consulta: 20/10/2014].

¹⁰⁰³ De hecho, se apoyan en la permisividad de la directiva con los sistemas preexistentes de Derecho interno: Vid. Artículos 3.3 (“Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos”), 13.2 (“La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno que regulen el acceso a la justicia y de las que exijan que se agote la vía administrativa antes de recurrir a la vía judicial”) y 16.1 (“La presente Directiva no constituirá obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incluida la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva y la determinación de otros responsables”).

¹⁰⁰⁴ Ejemplos de sentencias recientes que confirman tal legitimación son las resoluciones de la Corte de Casación: Sala Civil 3ª, 2 febrero 2005, nº 03-19163, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007490977&fastReqlD=1094695556&fastPos=7&oldAction=rechJuriJudi> [Consulta: 13/3/2015]; Sala Civil 1ª, 1 diciembre 1987, nº 85-12.046, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007019334&fastReqlD=999066027&fastPos=1> [Consulta: 13/3/2015]; Sala Civil 2ª, 27 mayo 2004, nº 02-15.700, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046919> [Consulta: 13/3/2015]; Sala Civil. 1ª, 2 mayo 2001, nº 99-10.709, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044746&dateTexte=> [Consulta: 13/3/2015]; Sala Civil 1ª, 16 enero 1985, nº 83-11.029 y 83-16.928, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014744> [Consulta: 13/3/2015]; entre otras. Algunas recogidas en: B. BUSSON, “La réparation...”, op.cit., pp.1 y ss.

“(l’action) ...a démontré son efficacité même si elle n’est sans doute pas utilisée assez par les associations. Elle constitue une arme efficace dans leurs mains en cas de défaillance de l’autorité administrative pour faire respecter la police d’environnement, ce qui n’est pas exceptionnel”¹⁰⁰⁵.

Así, tuvieron lugar en Francia iniciativas –en primer lugar propuestas por la doctrina¹⁰⁰⁶ - para dar entrada al perjuicio ecológico en el Código civil y lograr que, más allá de la legitimación de las ONG para reclamar por los daños morales sufridos (con las ya mencionadas deficiencias que este sistema tiene), pueda repararse el medio ambiente en sí, siendo la base de la demanda el mismo perjuicio ecológico, para que éste se repare: “il doit être réparé tout le préjudice, mais rien que le préjudice”... Es una propuesta que ya aprobó el Senado francés y sobre la cual queremos extendernos en este punto por su interés en cuanto al tratamiento del perjuicio medioambiental y la legitimación en el ámbito civil.

Tal propuesta se concretó en una proposición de ley presentada por M. B. RETAILLEAU, senador de Vendée, y adoptada por unanimidad el 16 de mayo de 2013¹⁰⁰⁷, conocida como la ley “Retailleau”. Preveía la inserción de un artículo en el Código civil de manera que “toute personne qui cause un dommage à l’environnement est tenue de le réparer”, afirmando un principio de reparación

¹⁰⁰⁵ B. BUSSON, “La réparation...”, op.cit., p. 2. En cuanto al éxito de la acción civil en caso de inactividad administrativa, según el informe de N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., éste giraría entorno al 80% de éxito. IBÍDEM, op.cit., p. 18.

¹⁰⁰⁶ En febrero de 2012, el Club des Juristes, un grupo de reflexión jurídica o “think tank” de gran relevancia en el ámbito jurídico en Francia, propuso la inserción del perjuicio ecológico en el Código Civil. Informe final: Y. AGUILA ET AL, “Mieux réparer le dommage environnemental”, Janvier 2012, disponible en: http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/03/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf [Consulta: 27/10/2014].

¹⁰⁰⁷ Proposition n° 1043, cuyo texto está disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1043.asp> [Consulta: 29/10/2014]. Información sobre el proceso legislativo y sobre la preparación de los informes respectivos en: L. DE REDON, “2014, année décisive pour le Droit de l’ Environnement?”, *Web de La Société Française d’Ecologie*, 20 février 2014, disponible en: <http://www.sfecologie.org/regards/2014/02/20/r54-droit-envir-2014-louis-de-redon/> [Consulta: 27/10/2014]. Sobre el particular y a favor de la justificación de la entrada del perjuicio ecológico en el Código Civil, vid., M.P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, “Essai de dialectique...”, op.cit., pp. 105-129.

que diera prioridad absoluta a la reparación *in natura*, esto es, para que el medio vuelva a su estado anterior de manera preferente a la compensación pecuniaria.

El texto fue remitido a la Asamblea Nacional y la Ministra de Justicia, CH. TAUBIRA¹⁰⁰⁸, encargó a una comisión de trabajo dirigida por Y. JEGOUZO, profesor de Derecho en la Universidad París I (Panthéon-Sorbonne), la redacción de un informe sobre la reparación del perjuicio ecológico para someter al Parlamento -en los planes iniciales en la primavera de 2014- el proyecto de ley definitivo. El informe, cuya atenta lectura recomendamos, hace diez propuestas que no pretenden crear un nuevo sistema de responsabilidad sino un nuevo régimen de reparación del perjuicio ecológico dentro del Código civil¹⁰⁰⁹.

Además de definir y reconocer el daño ecológico puro y crear un régimen de reparación para el mismo en el Código Civil¹⁰¹⁰, hace una interesante reflexión y propuesta sobre los titulares de una posible acción para reclamar por el daño ecológico. Tras contemplar la posibilidad de que sea un derecho abierto a cualquier persona¹⁰¹¹, se propone como mejor opción una legitimación amplia y conjunta de una eventual Alta Autoridad Ambiental o el Fondo de

¹⁰⁰⁸ Garde des Sceaux, Ministra de Justicia en Francia, desde el 16 de mayo de 2012.

¹⁰⁰⁹ No han faltado críticas y oposiciones a sus propuestas del sector empresarial y de las aseguradoras: Vid., L'Association pour le Management des Risques et des Assurances de l'Entreprise (AMRAE), "Prise de position sur le préjudice écologique", 5 diciembre 2013, disponible en la web de la AMRAE: <http://www.amrae.fr/prise-de-position-préjudice-ecologique> [Consulta: 29/19/2014].

¹⁰¹⁰ Proponen la inclusión de un nuevo artículo en el Código Civil: "Article 1368-19: Indépendamment des préjudices réparés suivant les modalités du droit commun, est réparable le préjudice écologique résultant d'une atteinte anormale aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ainsi qu'aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement". (...)

¹⁰¹¹ Con el consecuente riesgo de la autoridad de la cosa juzgada para ulteriores demandas mejor fundamentadas, o la incompatibilidad entre un perjuicio colectivo y el interés personal y directo que se exige o bien el abuso judicial...No obstante, existen mecanismos de nuevo para evitar tales abusos o problemas, pudiendo ser una propuesta que se considere que pueden litigar para reclamar por daños ecológicos solo aquellos que hayan sufrido un daño privado derivado de aquellos, siendo así que la indemnización respecto de los daños ecológicos iría destinada a un Fondo -siempre que la reparación *in natura* no fuese posible- y la relativa a los perjuicios privados y daños morales, al particular, sea persona física o jurídica. Vid., Y. JEGOUZO ET AL., Rapport pour..., op.cit., pp. 23-28.

Reparación Medioambiental (cuya creación se propone) y del Estado, el Ministerio Público, las colectividades territoriales y sus agrupaciones en aquellos casos en los que el territorio se vea implicado, los establecimientos públicos y las fundaciones y las asociaciones que tengan por objeto la protección de la naturaleza y el medio ambiente.

Para compatibilizar dicho régimen con el que deriva de la Directiva europea, se propone dar el derecho de elección a los demandantes entre la posibilidad de iniciar el procedimiento bajo la LRE –la ley homóloga de la española LRM- o al amparo de lo dispuesto en el Código civil, porque los dos regímenes de responsabilidad no pueden ser aplicados de manera simultánea¹⁰¹².

Por tanto, las ONG ecologistas, según este informe que pretende fundamentar el proyecto de ley, estarían legitimadas para reclamar por daños ecológicos puros –más allá de por los daños morales sufridos u otros de naturaleza privada- en tribunales civiles, además de poder ser parte en los administrativos y penales¹⁰¹³. Además, la creación de un Fondo Medioambiental, gestionado o no por la Alta Autoridad Medioambiental, que se nutriría, entre otros ingresos, de las indemnizaciones cuando no sea posible la reparación *in natura*, garantiza que el perjuicio ecológico –y no sólo los privados- sea efectivamente compensado.

Es por todo ello el ejemplo francés, a expensas de la aprobación definitiva de la ley, un modelo que conviene no perder de vista, por cuanto completa, más allá de debates teóricos sin consenso, el régimen propuesto a nivel europeo con soluciones pragmáticas para evitar que, por unas u otras razones –inactividad de la administración, conflictos de intereses, largos procesos, complejidad en la aplicación de la norma, falta de previsiones para casos

¹⁰¹² IBÍDEM, p. 42.

¹⁰¹³ Se da así continuidad a lo que jurisprudencialmente se venía reconociendo. Entre otras, vid., Resolución de 7 diciembre 2006 de la Corte de Casación según la cual las asociaciones de protección del medio ambiente pueden actuar para reparar una lesión al interés colectivo que aquéllas tienen por objeto defender, no sólo ante las jurisdicciones represivas sino también ante las civiles. Corte de Casación, Sala Civil 2ª, 7 diciembre 2006, nº 05-20.297, <http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/2eme/2006/12/7/05-20297/> [Consulta: 16/5/2015].

transnacionales, falta de consenso doctrinal en la determinación del objeto de protección etc.- la reparación no llegue o sea tardía, por no hablar de los avances en la determinación precisa y evaluación del daño ecológico, aspectos que no consideramos oportuno abordar aquí.

No obstante, ya existen países, como Portugal, que reconocen la legitimación de cualquier ciudadano en la jurisdicción civil para accionar frente a daños ecológicos y, también, privados derivados de aquéllos. Veamos lo referente a los daños ecológicos, dejando para más adelante la protección que se otorgan a los daños a intereses personalizables dañados ante el perjuicio medioambiental.

- Portugal

Portugal es uno de los pocos países europeos donde una acción civil por daños ambientales es viable no sólo en cuanto a los daños individuales sino en relación a los ecológicos puros, como ha confirmado el Tribunal Superior de Justicia¹⁰¹⁴. En Portugal la legislación recoge no sólo la legitimación de ONG para reclamar por tales daños, sino también la de particulares, si bien el número de reclamaciones iniciada por particulares ha sido hasta ahora minoritario. La Constitución de la República Portuguesa, de 1976, reconoce el derecho a una *acción popular*, que se mantiene en su versión actual en el artículo 66¹⁰¹⁵:

“Artículo 66. Del ambiente y la calidad de vida

1. Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.

¹⁰¹⁴ Precizando en su sentencia de 23 septiembre 1997 (proceso nº 97B503) que la acción colectiva permite defender tanto los intereses de la colectividad como los individuales homogéneos. Disponible en: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5c4988169839a2ed802568fc003b7c49?OpenDocument> [Consulta 9/7/2014].

¹⁰¹⁵ Traducción del portugués al castellano de la autora.

(...)

3. Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el número 1 podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización.

4. El Estado deberá promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses”.

Por tanto, el derecho a la acción se configura como un derecho fundamental que puede ser ejercitado por cualquier ciudadano o por asociaciones que estén dedicadas al interés sobre el que verse el proceso –en este caso, ecológicos-, frente a cualquier entidad, pública o privada que sea responsable de las actividades lesivas, pudiendo tener la acción naturaleza preventiva, represiva (para la eliminación de actos administrativos ilegales) o indemnizatoria.

Fue la Ley de Acción Popular (LAP), nº 83/1995, de 31 de agosto¹⁰¹⁶, la que dio cumplimiento al mandato constitucional para regular la tutela de intereses generales de la colectividad que también puede vehicular la responsabilidad por daños tradicionales¹⁰¹⁷.

La LAP atribuye así la legitimación procesal activa¹⁰¹⁸, en su artículo 23, a cualquier ciudadano y a las asociaciones y fundaciones¹⁰¹⁹ defensoras de los intereses que la ley protege (los mismos que recoge la Constitución) con independencia de que tengan un interés *directo* en la demanda, por lo que, si la base de la demanda es un daño ecológico, la indemnización va a parar a la

¹⁰¹⁶ Publicada en *Diário da República –I, Série A*, nº 201 de 31/8/1995, disponible en: <http://dre.pt/pdf1s/1995/08/201A00/54645467.pdf> [Consulta: 2/9/2014].

¹⁰¹⁷ Vid., A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 620 y ss. y bibliografía allí citada.

¹⁰¹⁸ Esta norma ha sido reproducida en el Código del Proceso Civil, art. 26, referida a los procedimientos cautelares, y en el Código de Proceso en los Tribunales Administrativos, desde el 2004, en el art. 9.2.

¹⁰¹⁹ Queda sujeto a los requisitos del artículo 3: esto es, “personalidade jurídica; previsão desta legitimidade nas suas atribuições e objetivos estatutários; não exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberáis”.

Administración, no al particular que actuaría como “actor popular” en la jurisdicción civil. Si también se juzgan los daños individuales -patrimoniales o no-, tan a menudo coexistentes, habrá que entender que parte de la indemnización por el daño ecológico será para el fondo correspondiente y parte para el actor privado que sufrió los daños, como es lógico¹⁰²⁰.

La legitimación de la LAP se extiende también al Ministerio Público (que representará a menores, ausentes, incapaces y otras personas colectivas públicas cuando sea autorizado por ley) y a las autarquías locales en relación a los intereses de los que sean titulares los residentes en su circunscripción en relación a cualquier acción que prevea el Código del Proceso Civil; esto es, cautelares, declarativas condenatorias “(nas quais, para além da apreciação do direito, é feita a condenação do réu numa determinada prestação, maxime, no pagamento ao autor de uma indemnização)”¹⁰²¹, ejecutivas...sin perjuicio de las acciones administrativas previstas por ley.

Además de esta ley general existe un desarrollo específico para los daños ecológicos, algo poco frecuente en el panorama europeo pero que sí se basa en el interés individualizable al disfrute del medio ambiente –no en el interés en el cumplimiento de la legalidad- de cada ciudadano por lo que lo abordaremos en el siguiente epígrafe.

2.2. Lesión al derecho o interés legítimo¹⁰²² supraindividual al disfrute de un medio ambiente adecuado.

¹⁰²⁰ No es expreso en la ley portuguesa pero sí en otras leyes del mismo estilo, como en la Ley del Medio Ambiente de Bolivia (art. 102.III), que habilita al juez a repartir la suma entre los afectados y el Estado. Sobre los inconvenientes, vid., A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., p. 622.

¹⁰²¹ P. MEIRA LOURENÇO, “Experiência em Portugal” en: Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in Europe?, Brussels, 12.07.2011, p.2; disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf> [Consulta: 1/7/2014].

¹⁰²² Se ha criticado que se emplee siempre el término “interés colectivo o difuso” sin que pueda hablarse de “derechos colectivos o difusos”, tomando carta de auténticos derechos cuando además, en la práctica, nada diferencia su tutela y teóricamente parece que el motivo es la adherencia injustificada a los principios individualistas y liberales que están en la base de la configuración del proceso civil. Vid., L. M. BUJOSA VADELL, “La posición del juez en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”, en: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 23,

2.2.1.1. En el sistema español de Derecho internacional privado: normas en defecto de instrumento supraestatal. La confusión reinante y la falta de reconocimiento expreso.

Al no existir norma supraestatal que regule materialmente la protección de tal interés, ni convencional ni institucional, nos remitiremos a las normas nacionales para determinar la legitimación en tales supuestos como leyes aplicables al fondo del asunto. Abordaremos en primer lugar la situación en el ordenamiento español para después tratar las distintas posturas que encontramos en Derecho comparado.

Ante un daño ambiental, además del daño al bien jurídico en sí que puede lesionar, como vimos, un interés general y público, tenemos una situación jurídico-subjetiva que se ve afectada en virtud del reconocimiento del art. 45 CE (que cuanto menos es un interés legítimo al *disfrute de un medio ambiente adecuado*, como ya justificamos) y que debe recibir tutela, ex arts. 24 CE¹⁰²³ y 7.3 LOPJ, eminentemente civil o administrativa¹⁰²⁴.

oct 2005. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=281 [Consulta: 5/11/2014]. Concretamente: “Considero perfectamente admisible, sin embargo, hablar de “derechos colectivos” o “difusos”, como suele hacerse en Hispanoamérica, pues nada impide que el concepto clásico de “derecho subjetivo” evolucione como lo ha hecho el de “interés legítimo” y pueda referirse a realidades sociales con relevancia colectiva o supraindividual.”

¹⁰²³ Recordando que el artículo 24 CE no sólo tutela intereses individuales sino también supraindividuales. Vid., J.A. COLMENERO GUERRA, “Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales” en: *Nuevas Políticas Públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas – Los derechos sociales*, nº 2, 2006, pp. 284-307, especialmente, p. 297. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_NOT_03_colmenero.pdf [Consulta: 6/7/2014]; cita el autor, acerca de la legitimación de las personas físicas para proteger intereses supraindividuales, la STC 214/1991, de 11 de noviembre, as. *Violeta Friedman*, [RTC 1991\214] de especial interés al respecto.

¹⁰²⁴ En este sentido, claramente, P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela...*, op. cit., *passim*. Recordamos que partimos ya en este capítulo de esta posición doctrinal acerca del interés legítimo en el disfrute de un medio ambiente saludable, si bien no existe consenso sobre la naturaleza del mismo –sobre si es derecho subjetivo, interés legítimo o mero principio programático- ni sobre su accionabilidad directa –si la ostenta o no sin necesidad de desarrollo legislativo-, en parte por la confusión entre aquél y el bien jurídico medio ambiente en sí.

Se protege un *interés legítimo supraindividual* pero este carácter “supraindividual” no obsta para que se ejerzan acciones por cualquier persona física o jurídica que se vea lesionada en su interés, tanto para la cesación de la actividad que causa el daño como para la reparación del bien jurídico en el que se basa el derecho de disfrute lesionado, que beneficiará a todos los afectados.

Estamos, propiamente, ante la tutela de los intereses supraindividuales¹⁰²⁵, que serán colectivos o difusos en función de la determinación o no de los perjudicados, como bien recoge la LEC a propósito de los intereses de consumidores y usuarios. La representación de estos intereses en juicio ha dado lugar a abundante literatura¹⁰²⁶ y, en nuestro ordenamiento, se ha atribuido, tanto a los propios afectados –cuando son determinables- como a asociaciones “representativas”¹⁰²⁷ –cuando se trata de intereses difusos-, *vid. infra*, que defiendan el interés en juego como parte de su misión institucional y al Estado.

Aunque la situación de los sujetos respecto del bien “ambiente” sea *compartida*, existe en estos intereses un sustrato individual que debe permitir la

¹⁰²⁵ Entiendo por interés supraindividual, como ya citamos: “interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutaban simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad”. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, “Artículo 11. ...”, *op.cit.*, p. 199. En el mismo sentido, *vid.* B. VIDAL FERNÁNDEZ, “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en: F. TORIBIO FUENTES (DIR.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2014, 2ª ed., pp. 81 y 82.

¹⁰²⁶ Sobre los intereses difusos, *vid.* J. ALMAGRO NOSETE, “Tutela procesal...”, *op.cit.*, pp. 93-107; el autor los califica como “intereses que al tiempo son ajenos y propios, pero siempre comunes”, *vid.* p.93. Por su parte, F. GÓMEZ DE LIAÑO, los define como “todas aquellas situaciones de hecho jurídicamente relevantes que integran o pueden integrar determinadas colectividades, categorías, grupos, clases de sujetos vinculados por una misma y común necesidad, y que se refieren a colectivos poco precisos en su composición, cuya titularidad, aunque individual, tiene su desarrollo en el grupo social y sobre todo se defiende mejor”, en: “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº3, 1986, pp. 549-576, p. 558. Para un estudio cronológico de nuestro Derecho positivo en relación a estos intereses supraindividuales, *vid.*, J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op.cit.*, pp. 414-418.

¹⁰²⁷ En el ámbito de defensa de los derechos de consumidores y usuarios y en el de la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres cuando los afectados no son identificables y se alude así a un interés general, *vid.* art. 11 bis LEC, analizado *infra*. En contra de esta interpretación, considerando que se trata en estos casos de vulneraciones “plurales” a derechos individuales, *vid.* N. ÁLVAREZ LATA, *La reparación...* (I), *op.cit.*, p. 831.

legitimación de los perjudicados y, a la vez, posibilitar el uso de los mecanismos para la litigación colectiva por aquéllos en caso de que sean numerosos¹⁰²⁸. Ahora bien, debido al disenso reinante sobre la naturaleza de este interés legítimo¹⁰²⁹ y a la ausencia injustificable de un desarrollo legislativo que aclare su posible aplicación práctica, no existe una postura jurisprudencial más que anecdótica en nuestro país¹⁰³⁰ que, por aproximación y sin ser explícita en identificar el derecho del art. 45 CE con un interés legítimo directamente tutelable, ha reconocido un interés personalizable distinto del público –por el daño ecológico- sin necesidad de hacer referencia a los derechos subjetivos individuales tradicionales, los cuales han monopolizado al jurisprudencia civil en materia ambiental¹⁰³¹; así:

¹⁰²⁸ Esto significa que cualquiera de los lesionados puede accionar de manera concurrente o no a otros legitimados. En ese caso, los demás perjudicados se beneficiarán de los efectos de la sentencia, siendo fácticos si la acción era de condena o jurídicos si era declarativa. Si es desestimada, no se verán afectados. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, “Artículo 11. ...”, op. cit., p. 200.

¹⁰²⁹ Recordamos el desacuerdo entre la doctrina sobre la naturaleza de tal precepto constitucional. Aunque cada vez son más autores los que defienden su naturaleza de interés legítimo directamente accionable e incluso de auténtico derecho subjetivo –sin que eso sea obstáculo para su carácter supraindividual- otros siguen negando la posibilidad de que sea accionado directamente sin que exista una previsión legal expresa y otros simplemente se limitan a considerarlo un principio rector, no un derecho. En nuestra opinión, más que en la calificación del mismo debemos centrar los esfuerzos en alcanzar un consenso acerca de la tutela deseable del bien y del interés en su uso y disfrute, proponiendo los cambios que sean necesarios para hacer que la misma sea inequívoca. Y es que, mientras que algunos siguen negando su actual naturaleza de derecho o interés directamente accionable, muchos menos niegan la insuficiencia de su actual tutela.

¹⁰³⁰ De hecho, la legitimación individual basada en un interés –y no un derecho subjetivo individual- no es, en general, amplia en nuestro ordenamiento. Destacan: STC 11 noviembre 1991, 214/1991, de 11 de noviembre, op.cit.; STS de 25 febrero de 1995 [RJ 1993\1469] –en materia administrativa-. Citadas por: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op.cit., p. 208.

¹⁰³¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005 [RJ 2005\2236], de 28 de enero de 2004 [RJ 2004\153], de 12 de diciembre de 1980 [RJ 1980\4747], de 17 de marzo de 1981 [RJ 1981\1009], de 14 de julio de 1982 [RJ 1982\4237], de 27 de octubre de 1983 [RJ 1983\5346], de 31 de enero de 1986 [RJ 1986\444], de 13 de julio de 1988 [RJ 1988\4872], de 16 de enero de 1989 [RJ 1989\101], de 7 de abril de 1997 [RJ 1997\2743], de 24 de mayo de 1993 [RJ 1993\3727], etc. Parece curioso, no obstante, que el tribunal afirme que con estas sentencias “se reitera, como no podía ser menos, la protección judicial respecto a la responsabilidad civil y en defensa del medio ambiente, acatando el mandato constitucional sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que proclama el art. 45.1 CE”, ya que, aunque indirectamente pueda protegerse el medio ambiente por el posible efecto preventivo, lo cierto es que se tutelan otros derechos e intereses y que la indemnización así concedida, de libre disposición para las partes, difícilmente contribuirá a la reparación ambiental. Volveremos sobre esto más adelante.

- En la STS de 2 de febrero de 2001 [RJ 2001\1003], reconociendo lo que podría considerarse un daño moral¹⁰³² (“La afectación del medio ambiente supone, de este modo, *no sólo la vulneración de un derecho de la colectividad sino también, en determinados casos, la vulneración de derechos individuales* tales como la calidad de vida, el derecho al sueño y al descanso o, incluso, el derecho a que nuestro estado de ánimo no se vea afectado”). El fallo en casación estipula una indemnización más alta porque, según el tribunal, existe un deterioro ambiental continuado que afecta tanto a las producciones agrícolas y al estado de las construcciones, como de forma notable la calidad de vida humana, algo que también debe ser indemnizado¹⁰³³. Según F. JORDANO FRAGA, cuya valoración compartimos, se observa un reforzamiento de la idea de prevención general de la responsabilidad civil tradicional que permite esta “apropiación” del ambiente por los ciudadanos siquiera a efectos indemnizatorios cuando su deterioro incide en la calidad de vida.
- Haciendo también referencia al daño moral en la STS de 16 de enero de 1989 [RJ 1989, 101]: “(...) no hay que olvidar que la contaminación medioambiental intensa, masiva y continua (además de generalizada al tratarse de emanaciones de polvo, humos, ruidos, quema por asfixia de los cultivos e imposibilita la cría de animales) supone un peligro latente para la vida de la población próxima por el riesgo notorio de llegar a desarrollar graves dolencias, como ha llegado a ocurrir con la familia M., y ello integra un claro perjuicio moral a quien lo soporta que debe ser indemnizado”.

Sin embargo, no pocos autores señalan la necesidad de introducir mecanismos jurídicos que permitan una adecuada protección de los intereses

¹⁰³² Amplia reflexión sobre el particular la encontramos en: G. YANGUAS MONTERO, op. cit., pp. 238-240.

¹⁰³³ Sobre la STS 2 febrero 2001, Fundamentos 4º y 5º, vid., F. JORDANO FRAGA, “Responsabilidad...”, op.cit., p. 432.

supraindividuales mediante la legitimación de asociaciones¹⁰³⁴ e individuos¹⁰³⁵. Compartimos estas sugerencias y las señalaremos como propuestas de *lege ferenda*, aplicando análogamente, aunque con matices, el régimen previsto en el artículo 11 y 11 bis de la LEC, ya que no se entiende por qué – aunque pueda atribuirse a la confusión que hay en torno al tema- el legislador ha omitido estos intereses al regular los de consumidores, usuarios y los referidos a la igualdad de género¹⁰³⁶.

Y esto sin olvidar que, además de esta dimensión individualizable, existe un componente público y colectivo. En estos casos, el Derecho procesal civil ha considerado en ciertas áreas –como el Derecho de familia- la legitimación del Ministerio Fiscal para “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por las leyes, de oficio o a petición de los interesados” (art. 124.1 CE y art. 749 LEC)¹⁰³⁷. En esta línea también cabría plantearse la consideración, ante tales daños, la legitimación del Ministerio Fiscal, como plantearemos *infra*.

¹⁰³⁴ L. MARTÍN REBOLLO, “Medio ambiente y responsabilidad de la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 11, 1976, pp. 639-652, especialmente, pp. 649 y 650; A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 640 y ss. y bibliografía allí citada.

¹⁰³⁵ Nos parece muy interesante y digna de ser citada aquí la reflexión que hace P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES respecto de esta legitimación individual que defiende y con la que encuentra paralelismos claros en otras jurisdicciones como la social o la contenciosa-administrativa: “Así, como muestra, piénsese en el camino recorrido hace ya tiempo en el ámbito administrativo en cuanto a la impugnabilidad de disposiciones de carácter general por particulares (...), negada – durante tiempo- por una jurisprudencia tan conservadora como errada que entendía concedida con exclusividad la legitimación a las entidades corporativas “representativas” (exigiendo además la coincidencia de ámbito territorial de “competencia” de la organización y de aplicación de la disposición). Pero, ¿acaso cabía negar la existencia de una incidencia real y actual, no potencial e incierta, sobre situaciones jurídicas individuales, aun antes de producirse actos singulares de aplicación? Pues adviértase que, en cuanto a los consumidores, la cuestión se sitúa, en algunos aspectos, en los inicios de esa andadura”. Vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op.cit., p. 208. Y si es así en el ámbito de consumidores, cuánto más en el del medio ambiente.

¹⁰³⁶ De la misma opinión, vid. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op. cit., pp. 202-203, dedicando un epígrafe a “la indebida (e innecesaria) limitación al ámbito de los consumidores” (del art. 11 de la LEC relativo a los intereses supraindividuales, se entiende). El autor, además, aboga por una aplicación analógica extensiva en tanto no se produzca la reforma legal y explicita que, a pesar de la LRM, los daños a los particulares siguen precisando tal extensión.

¹⁰³⁷ Vid., F. CORDÓN MORENO ET. AL. (COORD.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters- Aranzadi, vol. I (arts. 1 a 516), 2ª edición, 2011, p. 172. Un ejemplo sería el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio (art. 74 Cc).

2.2.2. En Derecho comparado.

En Derecho comparado también se percibe cierta confusión conceptual entre el perjuicio al bien público y el daño al derecho al disfrute o goce del bien. Sin embargo, de manera más o menos indirecta, partiendo de la constatación de la necesidad de que participen otros actores y de que se proteja mejor a los ciudadanos víctimas de las catástrofes ambientales –en lo que en el fondo es su derecho al disfrute–, algunos países han legislado a favor de considerar la legitimación de ONG ambientalistas¹⁰³⁸, por ejemplo, en base a un interés propio de la asociación que se identifica con el colectivo de la protección ambiental para garantizar el derecho al medio ambiente adecuado.

Sin embargo, las vías varían: en algunos se reconoce la legitimación de la ONG en base a un interés propio como daño moral (en verdad sería un interés individual y no supraindividual la base de la demanda); en otros se reconoce a las ONG como actores populares o bien como representantes del interés supraindividual, pudiendo solicitar el cese, la prohibición de actividad y la reparación del daño¹⁰³⁹; en otros sólo ostentan un mero poder de denuncia. Sin duda, el reconocimiento explícito del medio ambiente como un derecho subjetivo –o interés legítimo directamente accionable con el componente “público” que este término parece conllevar–, como un “derecho de disfrute de un bien jurídico colectivo no sólo personalísimo –*uti singuli*– sino también colectivo –*uti socius*–”¹⁰⁴⁰ o, lo que es lo mismo, como un derecho colectivo

¹⁰³⁸ El caso de la legitimación de las personas afectadas en su derecho o interés en el disfrute es menos frecuente. Por ejemplo en el Derecho griego el daño ecológico se considera causante de un daño al derecho de la personalidad, suficientemente legitimante. Vid., A. RUDA GONZÁLEZ, op. cit., p. 751.

¹⁰³⁹ *In natura* o, en algunos casos, una indemnización. La libre disposición de ésta, depende del interés en base al cual litiguen las ONG, como veremos *infra.*, pudiendo ser de libre disposición (por daño a un interés propio) o debiendo destinarse a algún tipo de fondo ambiental para la reparación de recursos naturales con posible supervisión de alguna autoridad (judicial o administrativa)

¹⁰⁴⁰ Vid. A. FIGUEREO BURRIEZA, op.cit., p. 14.

sobre el que pueden existir intereses individuales legítimos ¹⁰⁴¹, está directamente relacionado con la calidad de los sistemas de tutela en los distintos ordenamientos estudiados y, si bien no es aún frecuente en el panorama de Derecho comparado ya ha acreditado sus ventajas y, sobre todo, la mejor protección ambiental ¹⁰⁴². A. GIDI, al hilo de un estudio sobre la introducción de las acciones colectivas en defensa del medio ambiente en Brasil, afirmó:

“Un derecho sin sujeto no existe en el derecho substantivo y en consecuencia no puede exigirse ante un tribunal ¹⁰⁴³. La razón por la cual los abogados de derecho civil tienen tanta dificultad para superar este obstáculo es por la actitud general de considerar el derecho como una ciencia. En consecuencia, los hechos y las necesidades sociales que no encajan en la “ciencia” creada a través de los siglos, no existe o no debe existir. Para que ocurra una mayor innovación, en general los juristas del derecho civil necesitan llegar a un consenso para cambiar esta “ciencia” ¹⁰⁴⁴. No hay necesidad de decir y aunque parezca una

¹⁰⁴¹ “(...) parece que un daño ecológico puro puede tener siempre alguna repercusión individual, a medio o largo plazo. De hecho, no puede deslindarse con nitidez lo colectivo de lo individual, pues uno es la suma de los intereses individuales de todos”. Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, op. cit., p. 622.

¹⁰⁴² Destacan Brasil, Argentina, Bolivia, Suecia, Finlandia o Portugal, entre otros. También en este sentido se plantearon varias propuestas en Austria (1994) y Ontario (Canadá, 1990) respecto del cese de actividad. Vid., IBÍDEM, pp. 506-507.

¹⁰⁴³ *Esta oposición nunca fue explícitamente elevada en cualquier publicación académica, pero sí jugó un papel principal en las mentes de los juristas civilistas para desacreditar constantemente cualquier propuesta de litigio de demanda colectiva. El Código del Consumidor Brasileño, por ejemplo, reflejó el temor que los comentaristas no aceptarían "los derechos de grupo" como un droit subjectif y les denominaron, en la alternativa, "intereses o derechos". Sin embargo, Calmon DE PASSOS mostró que cualesquier interés protegido por el sistema legal es un droit subjectif. Cf. Calmon DE PASSOS, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data 9-17 (1989). Respecto de otras objeciones más desarrolladas a la introducción de demandas colectivas en un sistema legal civil (y respuestas a esas objeciones).*

¹⁰⁴⁴ *Ver John MERRYMAN, The Civil Law Tradition, 63 (1985) ("Al igual que las ciencias naturales, la ciencia jurídica es altamente sistemática. Se diseñan principios derivados del estudio científico de información jurídica para embonarlos de forma muy intrincada. Conforme se descubren nuevos principios, estos deben ser plenamente integrados en el sistema. En caso que la nueva información no encaje, se debe ya sea modificar el sistema para aceptarlos, o deben en cambio ser modificados para encajar en el sistema. De esta forma la preservación de valores sistemáticos se convierte en una consideración importante en la crítica y reforma de la ley"). Para una perspectiva crítica, ver Mauro CAPPELLETTI, John Henry MERRYMAN and Joseph PERILLO, The Italian Legal System. An Introduction 161 (1967) ("La doctrina procedimental está marcada por un énfasis excesivo en la construcción sistemática y la dogmática; frecuentemente*

caricatura, que este dogmatismo es un poderoso obstáculo psicológico para cambiar el status quo”¹⁰⁴⁵.

De hecho, no fue tras el reconocimiento del derecho al medio ambiente como derecho subjetivo cuando se reconoció la legitimación más allá del Estado para reclamar por daños ecológicos.

En el ámbito de la UE, la mayoría de los países limitan la participación de las ONG al procedimiento administrativo¹⁰⁴⁶, pero encontramos Estados en los que se contempla la legitimación de las ONG ecologistas para litigar en el ámbito civil¹⁰⁴⁷, aunque sean aún minoritarios: entre otros, Dinamarca, Francia, Bélgica –aunque de manera más limitada-, Portugal y los Países Bajos. Veamos los casos más relevantes.

2.2.2.1. Por aproximación¹⁰⁴⁸ al interés supraindividual: la vía de los daños morales a la asociación. Países Bajos y Francia.

puramente teórica en su estructura, está divorciada de las bases sociales, económicas e ideológicas de la ley ...)

¹⁰⁴⁵ A. GIDI, Acciones de grupo y “amparo colectivo” en Brasil. la protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, disponible en: <https://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc> [Consulta: 29/6/2014]. Notas al pie reproducidas en cursiva, *supra*.

¹⁰⁴⁶ O bien algunos, como Bélgica, al civil exclusivamente para acciones preventivas o de cese de la actividad. Vid., N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., Access to Justice in..., op.cit., p. 19.

¹⁰⁴⁷ Este último modelo se ha trabajado sobre todo en Brasil, *vid. infra.*, pero también se propone tal modelo en Francia, en el estudio/propuesta encomendado por la Ministra de Justicia: Y. JEGOUZO ET AL., op.cit., pp. 8 y 9. En otros países se excluye esta vía, a menos que se verifique una interferencia con un derecho de la asociación en cuestión; por ejemplo, que sea propietaria de la tierra contaminada. Este caso es el de Alemania. Vid., p.18.

¹⁰⁴⁸ Con este término queremos referirnos a que, salvando calificaciones diversas de los ordenamientos jurídicos, en realidad no se está protegiendo un interés supraindividual con las implicaciones que, a efectos de Derecho español, hemos concretado y deducido. Esto es, se pretende la tutela con el fundamento de dicho interés supraindividual pero las vías no siempre son claras ni directas, confundiéndose, en no pocas ocasiones, el interés privado de asociaciones con el interés supraindividual que aquéllas puedan representar o tutelar. Pero, debido a la pluralidad de matices, significantes jurídicos y enfoques, los englobamos en este epígrafe ya que, ni hacen referencia puramente al bien jurídico como tal –como bien sometido al control estatal- ni se refieren a derechos individuales homogéneos, aunque la confusión entre estas realidades haga no pocas veces difusas las categorías jurídicas y los remedios previstos al respecto.

- Países Bajos

El ordenamiento de los Países Bajos –en su Código Civil¹⁰⁴⁹- prevé la legitimación de las ONG ambientalistas en los procedimientos civiles¹⁰⁵⁰ para demandar directamente a los supuestos responsables de daños al medio ambiente, sean entidades privadas o sean las autoridades administrativas competentes para ejecutar la legislación ambiental, por lo que están disponibles tanto las acciones preventivas, de cese o prohibición de actividad como de compensación pecuniaria por los costes de limpieza y restauración de los recursos naturales dañados¹⁰⁵¹. Para ello será necesario que tales asociaciones tengan personalidad jurídica y unos objetivos relevantes que encajen con sus fines estatutarios y con el objeto del litigio.

Merece especial atención la construcción sobre la que se fundamenta la legitimación civil de las ONG: la jurisprudencia neerlandesa reconoció ya en 1986¹⁰⁵² que el Código civil debía proporcionar protección a los intereses

¹⁰⁴⁹ Vid., art. 3:305a.

¹⁰⁵⁰ Nótese que los casos civiles son muy inferiores en número a los cursados por vía administrativa debido a los costes que envuelve el proceso civil; no obstante, según el abogado de *Stichting Natuur en Milieu*, organización que coordina las ONG ecologistas en los Países Bajos, esto ocurre porque, ante el intento de iniciar pleito civil por parte de aquéllas, algo bastante más frecuente, las compañías se precipitan a llegar a acuerdos no judiciales. J. VERSCHUUREN, “The Netherlands”, en: DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., Access...., op.cit., p.110. Sobre esta cuestión en Derecho comparado, vid. M. WILDE, *Civil liability for environmental damage, A comparative analysis of Law and Policy in Europe and the United States*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pp. 250-257.

¹⁰⁵¹ La compensación pecuniaria sólo se admite en los tribunales neerlandeses, hasta el momento, respecto de los particulares y el Estado, sin embargo las ONG sólo pueden reclamar los costes en los que hayan incurrido para la reparación del medio ambiente. Vid., J. VERSCHUUREN, op.,cit., p.105.

¹⁰⁵² Especialmente relevantes fueron las sentencias de 27 de junio de 1986 en el asunto *New Lake* [NJ 1987, 743] y la del 15 de marzo de 1991 en el asunto *Borcea* [NJ 1992, 91], cit. infra., citadas en el informe de N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., Access to..., op.cit., pp. 18 y 19; también en: L. GOMIS CATALÁ, op.cit., p. 362. Esta sentencia fue confirmada en 1992 por el mismo tribunal en el caso *Kuunders*: Sentencia del Tribunal Supremo (*Hoge Raad*), 18 diciembre 1992, as. *Kuunders* [NJ 1994, 139], señalando el importante papel que tienen las organizaciones que, por un lado, están conectados con el interés a la protección ecológica como tal y, por otro, con los intereses particulares de los individuos, de tal manera que representan la unión de los intereses difusos de los ciudadanos.

medioambientales generales y a las organizaciones que representaban dichos intereses, que serían acreedoras de un derecho de tutela para reclamar compensación en base a que representan, asumiendo tal función en sus estatutos, el interés en el medio ambiente de los ciudadanos: esto es, un interés *a priori* colectivo se convierte o identifica con el interés individual de la asociación que lo ha adoptado como interés propio, de manera que quedan unidos el daño ecológico –en principio ajeno a todo proceso civil en la gran mayoría de los ordenamientos- vía en interés de los ciudadanos en la reparación del mismo y el daño privado a los intereses de la asociación que sí constituye base suficiente para accionar civilmente¹⁰⁵³.

Así, en el caso *Borcea*¹⁰⁵⁴, tal interpretación judicial de la legitimación permitió que una asociación de defensa de las aves, *Dutch Protection of Birds Society*, demandara a una compañía naval, *Borcea*, para recuperar los costes de haber salvado a las aves marinas de los efectos del vertido de petróleo en el mar del Norte y los costes de mantenerlos bajo cuidados, sobre la base de un daño al medio ambiente. El tribunal civil admitió la legitimación de la ONG al entender que preservar y proteger las aves marinas era un interés colectivo y que tal interés era consistente con los objetivos de la sociedad demandante.

Es reseñable el caso reciente ya comentado, en materia medioambiental, de *Akpan vs. Shell*, en el que el Tribunal de Distrito de La Haya reconoce legitimación a la fundación neerlandesa (ONG) *Milieudefensie* para obtener una sentencia declaratoria respecto de los intereses de los reclamantes de Nigeria, confirmándose la posibilidad de que las ONG ecologistas estén legitimadas respecto de individuos y daños

¹⁰⁵³ Vid., M. WILDE, op. cit., pp. 252 -253.

¹⁰⁵⁴ Sentencia del Tribunal (*Rechtbank*) de Rotterdam, 15 marzo 1991, as. *Borcea*, [NJ 1992, 91], disponible en: <http://www.casebooks.eu/scopeOfProtection/chapter7/excerpt.php?excerptId=1856> [Consulta: 13/06/2014]. Para más información vid., Handbook on Access to Justice under Aarhus Convention, pp. 167 y ss. <http://www.elaw.org/system/files/aarhus.Access.Justice.pdf> [Consulta: 23/10/2014].

extranjeros, siempre que se entienda suficiente su “representatividad”¹⁰⁵⁵. Existen, además, desde el año 1992, Centros de Servicio de Ayuda Legal en los que abogados especialistas en materia medioambiental prestan asesoramiento a particulares y ONG que no pueden permitirse afrontar los costes de asistencia privada e incluso pueden representarles en el litigio¹⁰⁵⁶.

Por último, cabe señalar la importante incidencia que tienen los casos civiles decididos por el Tribunal Supremo neerlandés (*Hoge Raad*) en la normativa medioambiental del país que se ve en muchas ocasiones modificada como consecuencia de tales fallos. Por ello, pese a la mayor frecuencia de casos administrativos, son los civiles los que comentan la mayoría de los estudios por estas mismas razones.

Se ha hecho una valoración general muy positiva de la actuación de las ONG por varios motivos: en primer lugar, porque su mayor conocimiento y su especialización en cuestiones medioambientales hace que sus reclamaciones sean, por lo general, de mayor calidad y profundidad, dando como resultado sentencias con un mayor análisis e impacto en la normativa medioambiental del país; en segundo lugar, por su importante labor en la vigilancia de la administración respecto del cumplimiento de las leyes medioambientales, que podría ser incluso superior e, incluso, ampliarse a litigios civiles cuando se trata de controlar a la Administración¹⁰⁵⁷.

- Francia

¹⁰⁵⁵ Vid., casos del Tribunal de Distrito de La Haya, 30 enero 2013, as. *Akpan vs. Royal Dutch Shell & SPDC*, C/09/337050, HA ZA 09-1580, [ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850] disponible en: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/view> [Consulta: 10/3/2013] y del Tribunal de Amsterdam 12 November 2010, as. *Converium* [NJ 2010, 683, LJN: BO3908].

¹⁰⁵⁶ J. VERSCHUUREN, op.cit., p. 106.

¹⁰⁵⁷ IBÍDEM, op.cit., pp. 112-117.

Un caso especial es el de Francia, donde las ONG pueden reclamar ante los tribunales civiles¹⁰⁵⁸ para reclamar en base al perjuicio del interés colectivo que tengan por objetivo defender¹⁰⁵⁹ desde mucho antes de la aprobación de la Directiva europea. Ahora bien, la construcción de esta posibilidad no ha sido directa ni ha estado exenta de dificultades¹⁰⁶⁰.

Los tribunales franceses, pese al discurso largamente mantenido -que a juicio de muchos autores y al nuestro propio no tiene fundamento-, de que el daño al medio ambiente no puede ser estimado ni reparado por su inestimable valor, siendo así que la prevención es el único remedio aceptable, han reconocido desde hace tiempo, de manera más o menos adecuada o directa, el perjuicio ecológico, vía el interés que representan las asociaciones¹⁰⁶¹. No obstante, los tribunales han encontrado serias dificultades jurídicas, ya sabidas:

¹⁰⁵⁸ Si bien la práctica demuestra que las reclamaciones civiles son mucho menores en número que los litigios administrativos o penales. Vid., S. BÉLIER, "France", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., *Access to...*, op. cit., p. 58. Una posible interpretación es el mayor coste/riesgo que supone para los actores, aunque la tasa de éxito que en tales litigios se obtiene hace que la asunción del coste sea improbable para la ONG.

¹⁰⁵⁹ Artículos 31 del Código de Procedimiento Civil y 1382 del Código Civil; artículos L 142-2 del Código del Medio Ambiente («Les associations agréées (...) peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre (...)»). Vid., *Code civil*, versión consolidada de 22 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [Consulta: 13/6/2015], *Code de procédure civile*, versión consolidada de 1 abril 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> [Consulta: 13/6/2015] y *Code de l'environnement*, versión consolidada de 17 julio de 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220> [Consulta: 19/7/2015].

¹⁰⁶⁰ Un estudio a fondo sobre la legitimación de las ONG en el sistema judicial francés, haciendo referencia al fundamento, a su práctica real, a la interacción del régimen de Derecho interno con el de la Directiva europea, etc., puede verse en: B. BUSSON, "La réparation des atteintes à l'environnement: Le rôle des acteurs dans le nouveau dispositif: les ONG", 24 de mayo de 2007, publicado *online* en la página de la Cour de Cassation francesa. Disponible en: http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/24-05-2007/24-05-2007_busson-1.pdf [Consulta: 24/10/2014].

¹⁰⁶¹ En un estudio de G. GAILLARD Y L. NEYRET, "Recueil de décisions relatives au dommage environnemental" en: L. NEYRET Y G.J. MARTIN, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, L.G.D.J., 2012, fueron identificadas más de doscientas decisiones judiciales que tenían en cuenta el perjuicio ecológico en Francia, de manera más o menos directa. Citado por: G. J. MARTIN, "L'entrée de la réparation...", op.cit., p. 15063 (1), nota 2. No hay que olvidar, dentro de ellas, la sentencia del caso *Erika*, Cour de Cassation, de 25 septiembre 2012, que supuso un avance en el reconocimiento del perjuicio ecológico como perjuicio reparable en Francia, condenando de manera rotunda a Total S.A., aunque también constató los límites con

1) El argumento largamente mantenido de que, si la regla general de la responsabilidad es que todos deben reparar el daño causado a *otro*, al no ser el medio ambiente objeto de derechos privativos, no es de *otro*, por lo que no es reparable. Como sabemos, este argumento obvia el hecho de que aunque el bien jurídico “ambiente” no sea individualizable sí lo es el derecho de disfrute del medio ambiente –aunque sea supraindividual-, que presenta un sustrato individual claro que sí puede verse dañado de manera directa ante un atentado al ambiente. Sin reconocer esta construcción pero percibiendo su inconveniencia a efectos de tutela, este obstáculo se ha intentado salvar de varias maneras.

Una de ellas fue conceder la legitimación procesal a las personas jurídicas –especialmente, ONG- para defender los intereses que ellos protegen según sus estatutos y que han sido perjudicados, en la línea de la fundamentación que se dio en los Países Bajos aunque con matices. Otra solución posible era considerar que tal daño ecológico era un daño moral para la asociación ecologista, lo cual presenta problemas, ya que verdaderamente no se considera directamente el daño ecológico –al bien-, sino el daño moral privado y, en consecuencia, la compensación pecuniaria podrá ser dispuesta privativamente, sin que sepamos si será destinada a recursos ambientales, con la posible incoherencia que ello supondría respecto a los principios de protección ambiental.

Esto es, ante un supuesto de reparación “perfecta” de un perjuicio ecológico por parte del operador privado, el perjuicio moral sufrido por la ONG no desaparecería, pudiendo dar lugar a una acción por compensación¹⁰⁶². Esto es lo que la nueva propuesta sobre la inclusión del perjuicio ecológico en el Código civil francés intenta solventar, como ya abordamos en el epígrafe precedente.

los que se encuentra el actual sistema de responsabilidad para hacerle frente de manera completa y eficaz. Vid., F.G. TRÉBULLE, “Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l’Erika? Environnement et développement durable”, *LexisNexis*, Mars 2013, n° 3.

¹⁰⁶² B. BUSSON, “La réparation...”, *op.cit.*, p. 9.

2) La valoración del daño ambiental y sus distintos métodos, sobre lo cual sí parece que la Directiva ha mejorado el panorama normativo precedente.¹⁰⁶³

Si bien el efecto que se consigue permitiendo la legitimación civil de las ONG pueda ser la reparación ambiental, beneficiando con ello a todos los ciudadanos perjudicados en su derecho de disfrute, lo cierto es que el fundamento de la legitimación en este caso no es el derecho supraindividual al disfrute sino el interés de la asociación en la protección del ambiente en virtud de sus fines estatutarios.

No se encuentran *a priori* argumentos de peso que nieguen en teoría la inclusión de la legitimación individual si bien el grado de tutela y participación de la sociedad civil es bastante más amplia que en el régimen español, sobre todo si la propuesta de ley para dar entrada al perjuicio ecológico en el Código civil francés es aprobada. En ese caso, aún quedaría pendiente la cuestión de la legitimación de los ciudadanos que, visto el estado de la cuestión, pareciera quedar limitada a la participación en el procedimiento administrativo previsto por la Ley n° 2008-757, de 1 de agosto de 2008, de *Responsabilité Environnementale* (LRE) en Francia¹⁰⁶⁴.

2.2.2.2. El reconocimiento del interés o derecho supraindividual de manera directa. Portugal. Suiza: las aportaciones doctrinales. Brasil. Argentina.

- Portugal.

¹⁰⁶³ No entraremos en el estudio de los distintos métodos de valoración. Al respecto, sobre Francia: G. J. MARTIN, "L'entrée de la réparation....", op.cit., p. 15063 (1), 2.

¹⁰⁶⁴ Ley n° 2008-757 de 1 de agosto de 2008, *relative à la Responsabilité Environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement*, versión consolidada de 20 julio 2015, disponible en: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019277729> [Consulta: 20/7/2015].

Como vimos, Portugal es uno de los pocos países europeos donde se prevé una acción civil por daños a derechos subjetivos individuales –entre los que se reconoce el medio ambiente- y una acción popular civil por daños ecológicos puros que ya abordamos *supra*. La LAP también prevé las acciones por daños individuales.

Ahora bien, en lo que en este punto nos interesa respecto de la tutela en el interés al disfrute de un medio ambiente, en Portugal existe un desarrollo específico para los daños ambientales, algo poco frecuente en el panorama europeo. Así, la Ley nº 11/87, de 7 de abril, de Bases del Ambiente (LBA)¹⁰⁶⁵, prevé en el art. 40. 4º y 5º que los ciudadanos *directamente amenazados o dañados* en su derecho a disfrutar de un ambiente de vida humana sano y ecológicamente equilibrado podrán pedir, en los términos generales del derecho, la cesación de las causas de la violencia y la respectiva indemnización¹⁰⁶⁶. Y, aunque se tratará de lograr en primer lugar la reparación en especie de los recursos naturales dañados (arts. 48.º de la LBA, 566.º del Código Civil y 3.2 de la Ley nº 67/2007, de 31 de diciembre), en caso de no ser posible¹⁰⁶⁷ y haberse condenado al pago de una indemnización, ésta iría destinada a un Fondo de Intervención Ambiental (instaurado por la Ley nº 50/2006, de 29 de agosto¹⁰⁶⁸ y Decreto-Ley nº 150/2008, de 30 de julio¹⁰⁶⁹), de carácter

¹⁰⁶⁵ Texto en portugués de la Ley nº 11/87, de 7 de abril de 1987, de *Bases de Ambiente*, *Diário da República, I Série*, nº 81, de 7/4/1987, disponible en: <http://dre.pt/pdf1sdip/1987/04/08100/13861397.pdf> [Consulta: 1/9/2014]. Ley modificada posteriormente. Última modificación en *Diário da República, 1.ª série*, nº 73, de 14 de abril de 2014 del 2014 disponible en: <https://dre.pt/pdf1sdip/2014/04/07300/0240002404.pdf> [Consulta: 1/9/2014].

¹⁰⁶⁶ (...) “(s)em prejuízo do disposto nos números anteriores, é reconhecido às autarquias e aos cidadãos que sejam afectados pelo exercício de actividades susceptíveis de prejudicarem a utilização dos recursos do ambiente o direito às compensações por parte das entidades responsáveis pelos prejuízos causados”.

¹⁰⁶⁷ Es difícil imaginar una situación que no sea reparable en especie, aunque sea por efecto análogo equivalente y aunque no sea exacta o requiera tiempo, pero asegurando que el beneficio revierte en aquellos que vieron dañado su derecho de disfrute de un medio ambiente saludable y no en otros.

¹⁰⁶⁸ Ley nº 50/2006, de 29 de agosto, *Aprova a lei quadro das contra-ordenações ambientais* *Diário da República, I Série*, nº 166, 29 de Agosto de 2006, disponible en: <http://dre.pt/pdf1s/2006/08/16600/62646274.pdf> [Consulta: 1/9/2014].

público¹⁰⁷⁰.

Igualmente se prevé la legitimación del Ministerio Público (art. 45.1) y el derecho de intervención en los procesos a personas, asociaciones y autarquías aunque no tengan un interés personal en el caso.

Como vemos, Portugal tiene una de las regulaciones de las acciones para la protección del medio ambiente en la jurisdicción civil más amplias de Europa en cuanto a la legitimación se refiere. Dejaremos para más adelante el desarrollo de las acciones colectivas de que dispone el ordenamiento portugués tanto para los derechos individuales homogéneos como para estos intereses supraindividuales.

- Suiza: las aportaciones doctrinales.

Respecto de esta consideración del interés supraindividual también existen elaboraciones interesantes en la doctrina comparada. Merece especial consideración la definición y el desarrollo que propone una autora helvética, A.S. DUPONT, que define el interés afectado ante un daño ambiental de la siguiente manera: “l'intérêt que chacun a, en tant que maillon de la chaîne de vie, à ce que les ressources naturelles demeurent dans le meilleur état possible, afin de remplir au mieux leur fonction, et ce le plus longtemps possible”¹⁰⁷¹. Siendo así que un daño sería cualquier

¹⁰⁶⁹ Decreto-Ley nº 150/2008, de 30 de julio, *que aprova o regulamento do Fundo de Intervenção Ambiental, Diário da República*, 1.ª série — N.º 146 — 30 de julio de 2008, modificado por la Ley nº 82-D/2014, de 31 de diciembre, disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2253A0019&nid=2253&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao= [Consulta: 1/9/2014].

¹⁰⁷⁰ P. MEIRA LOURENÇO, op.cit., p. 5.

¹⁰⁷¹ A.S. DUPONT, op. cit., pp. 48 y 218. La autora precisa que no es necesario asimilarlo a un derecho subjetivo para que el ordenamiento pueda conceder a un individuo (persona física, jurídica, privada o pública) una prerrogativa individual en base a un interés que no tiene por qué ser de naturaleza económica. Pone varios ejemplos de la legislación suiza: una acción para la disolución de una asociación o fundación puede ser ejercitada por cualquiera que demuestre interés suficiente –arts. 78 y 79 Cc suizo-; igualmente ocurre con la disolución del matrimonio – art. 106 Cc suizo-. Vid., Código civil suizo, de 10 diciembre 1907, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/21.html> [Consulta: 1/7/2014].

alteración de dicho interés protegido que afecte a la víctima de manera constatable. Esto es, no cualquier persona podrá presentar una demanda civil por daños ambientales¹⁰⁷², sino aquella que demuestre tener un “interés suficiente” como fundamento de legitimación¹⁰⁷³. Hasta aquí es una formulación bastante similar a la que defendemos para el ordenamiento español.

Como es fácil suponer, el *quid* de la cuestión será concretar qué se considera un “interés suficiente” en relación a estos daños ambientales, tanto para particulares como para asociaciones, y en relación a daños en los que sí sea posible la reparación *in natura* y respecto de los cuales sólo quepa una indemnización¹⁰⁷⁴, situación que complica la instrumentación de la acción particular porque aquella no podrá destinarse a un uso individual libre, sino a la efectiva mejora de los recursos naturales dañados¹⁰⁷⁵. Esto es, ¿qué se entiende, en medio ambiente, como “interés legítimo”? A. S. DUPONT en referencia al Derecho suizo, propone que se concrete de la siguiente manera¹⁰⁷⁶:

¹⁰⁷² A.S. DUPONT, op. cit., p. 50. Parece claro que, frente a un hecho contaminante concreto, no tienen el mismo interés una víctima directa de la contaminación que una persona que vive en el otro extremo del país sin que de manera directa dicha contaminación le afecte a su derecho de disfrute de un medio ambiente saludable (piénsese que de manera indirecta, cualquier deterioro medioambiental afectaría al total de los habitantes del planeta), si bien sí al medio ambiente como tal cuya titularidad, en representación de todos, sí corresponde del Estado. Insistimos en la diferencia del derecho sobre el medio ambiente y del derecho al disfrute de un medio ambiente saludable.

¹⁰⁷³ Este argumento no es extraño a nuestra jurisprudencia como legitimación de los terceros reconociéndola con gran amplitud aunque excluyendo la acción popular en el ámbito civil. Así, “cualquier interesado se halla legitimado con la amplitud de criterio de que es muestra la jurisprudencia de esta Sala, para la cual no se precisa derecho, ni siquiera interés directo, bastando el legítimo”. Vid., STS 13 mayo 1988 [RJ 1988\4306] citando otras: SSTS 5 diciembre 1986 [RJ 1986\8132], 22 diciembre 1987 [RJ 1987\9648] y 13 abril 1988 [RJ 1988\3146].

¹⁰⁷⁴ Cabe preguntarse si existen supuestos en los que no sea posible la reparación en especie o de efecto análogo en cuanto a los beneficios o el disfrute del medio ambiente.

¹⁰⁷⁵ Parece claro que sólo los daños personales o patrimoniales que haya sufrido un particular (o varios) producidos por algún elemento del medio ambiente serán susceptibles de una indemnización en el sentido civil tradicional del término, esto es, destinada a un uso privado libre. Vid. D. LOPERENA ROTA, “Administración pública y restauración ambiental”, *Revista Actualidad Jurídica de Aranzadi*, número 634, 2 de septiembre de 2004, pp.1-7, p. 2.

¹⁰⁷⁶ Op.cit., pp. 226 y ss., p. 260. La autora helvética considera que no harían falta cambios en la legislación para incorporar esta perspectiva en Derecho suizo, interpretando tal y como propone el “interés” en un medio ambiente adecuado.

- a) En caso de que la reparación *in natura* sea posible, será suficiente haber emprendido medidas para su restauración (por los gastos incurridos). En este caso, a mayor número de reclamaciones, mayor será el montante debido para compensar el coste -en función al montante de las facturas-.

- b) En caso de que la reparación *in natura* no sea posible, el interés suficiente podrá basarse en que exista una conexión basada en un “derecho”, por ejemplo, un derecho real sobre el bien ligado al deterioro ambiental (propiedad de la finca) o en un “hecho”, como, por ejemplo, la proximidad geográfica al lugar del daño; o para las ONG, el hecho de que se dediquen a la protección del interés dañado, etc. En estos casos, el montante del daño no dependerá del número de reclamaciones ya que se valorará el daño ecológico *per se* y la indemnización será gestionada por una autoridad pública y/o por una asociación, a ser posible supervisadas por un organismo que se encargue de garantizar que es empleada en el fin para el que fue concedida.

Ahora bien, determinar el “interés suficiente” a la hora de admitir a trámite una demanda, dependerá de la *lex causae* –que suele ser, en la práctica, la ley aplicable a la determinación de la legitimación- , de su cultura jurídica y objetivos políticos, que no siempre será la española aunque, cabe pensar que, partiendo de la facultad del Reglamento 864/2007 para elegir la ley aplicable, si los demandantes plantean la demanda ante nuestros tribunales, harán uso de tal facultad para conseguir la tutela plena en caso de que así fuera reconocida.

Es, qué duda cabe, una interpretación interesante para permitir la acción civil ante daños ecológicos –a la vez que se reclaman los daños

privados-, sin que se desviara la indemnización del fin ambiental y sin grandes cambios en el régimen existente, ampliando el acceso a la justicia y evitando la no reparación ecológica cuando la Administración no quiere o no puede actuar.

Fuera del ámbito de la UE, encontramos también países que permiten la acción en base al perjuicio en un interés o derecho que, de alguna manera, es individualizable. (En Argentina, por ejemplo, se considera derecho subjetivo aunque por su naturaleza no sea excluyente). Veamos algunos ejemplos:

- Brasil

Brasil es quizás el país de tradición romano-germánica que mejor ha atendido, en cuanto al grado de tutela, al fenómeno de la protección de los intereses supraindividuales e individuales homogéneos¹⁰⁷⁷:

“De acuerdo con el artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, el derecho difuso es un derecho transindividual [*es lo mismo que supraindividual*] e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también “transindividual” e “indivisible”, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica”¹⁰⁷⁸.

Esta definición parece contradecirse con la fundamentación que se hace de la legitimación y de la acción ya que -centrándonos en los transindividuales- parece que se confundiera la titularidad del bien -que

¹⁰⁷⁷ Vid., A. GIDI, Las acciones colectivas..., op.cit., p. 52 (Estos intereses supraindividuales son claramente diferenciados de los derechos individuales homogéneos, que son individuales y divisibles, con origen común).

¹⁰⁷⁸ Texto entre corchetes, nuestro.

en efecto, es de todos pero de nadie en particular y no es divisible- con la titularidad del derecho de disfrute, como ya señalamos a propósito de la doctrina y jurisprudencia española. Así, A. GIDI razona: “En el caso de la contaminación en una bahía, por ejemplo, es evidente que la bahía no pertenece a nadie en particular. La contaminación de sus aguas dañaría a la comunidad en su conjunto, y la limpieza del agua beneficiaría al grupo en su totalidad: es una pretensión indivisible”.

Podría discutirse, claro, que una cosa es la titularidad del bien y otra a quién daña su contaminación de manera directa (ya que de manera indirecta habría que admitir que daña a toda la humanidad en mayor o menor medida) por la imposibilidad de *disfrutar* –aunque no se reconozca directamente es esto lo que se ve afectado- del medio ambiente saludable en ese lugar concreto del país. Y que, tal y como se afirma en la definición del interés difuso, éste “pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica”. Esto es, sí existe, *ex post*, una concreción del interés de “todos” en aquellos que sí se han visto afectados en su disfrute, se entiende, ya que si no los afectados serían todos los ciudadanos del país o del mundo.

Sin embargo, al margen de estas consideraciones teóricas, lo cierto es que se establece un régimen de protección de los atentados al ambiente bastante completo. Por una parte, su *acción civil pública* –que no es una acción popular si se examinan sus características¹⁰⁷⁹ sino una acción en defensa de intereses supraindividuales- responde al reconocimiento de que existe un derecho supraindividual de disfrute al medio ambiente. Por otra parte, Brasil también contempla las acciones colectivas para la defensa de intereses individuales homogéneos derivados del perjuicio ambiental, que trataremos más adelante.

¹⁰⁷⁹ Como veremos el interés que sirve de fundamento a la acción no es el del cumplimiento de la legalidad sino el interés colectivo en la conservación y disfrute del medio ambiente.

En Brasil, la acción civil pública se reconoce, tras superar fuertes resistencias¹⁰⁸⁰, desde 1985 en una norma general, la Ley de acción civil pública¹⁰⁸¹. El artículo 1 de la Ley 7347/1985, que ha sufrido varias modificaciones posteriores, enumera los daños causados al medio ambiente como uno de sus ámbitos de aplicación, junto con el causado a los consumidores, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, a aquellos causados por las infracciones de carácter económico y urbanístico, a los sufridos en el honor y la dignidad de grupos raciales, étnicos o religiosos y a los causados a “cualquier otro interés de naturaleza difusa o colectiva”.

Como puede verse, se trata de intereses que, por naturaleza, son supraindividuales y, aunque la redacción de “daños al medio ambiente” no sea la más precisa porque parece hacer referencia al daño al “bien”, su configuración da a entender que se trata del daño al derecho o interés en el disfrute, obviamente consecuencia del daño al primero.

¹⁰⁸⁰ La introducción de dicha acción en el ordenamiento brasileño no fue fácil ni estuvo al margen de las críticas, con una feroz oposición: algunos lo vieron, lejos de como una herramienta para mejorar el acceso a la justicia o equilibrar el poder de los ciudadanos y de las empresas o el gobierno, como un injusto privilegio; otros encontraban objeciones técnicas o filosóficas; aunque, en general, no era más que el deseo de los juristas de evitar la ruptura del *status quo*. Para desarrollar un sistema de litigio de grupo que fuera aceptado por los juristas más ortodoxos fue muy importante crear, en primer lugar, derechos substantivos y, después, atribuirlos a los grupos. Esto fue hecho por la Constitución brasileña y por muchas leyes substantivas promulgadas entre 1980 y el año 2000, sobre el medio ambiente, herencia cultural, finanzas públicas, derechos minoritarios y del consumidor. Sin embargo, mirando después de quince años de promulgada la primera ley sobre acciones colectivas en Brasil, es necesario admitir que las reticencias y objeciones no eran fundadas. Vid., A. GIDI, op.cit., pp. 893-894.

¹⁰⁸¹ Ley nº 7347 de 24 de julio de 1985, *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências*, modificada en última instancia por la Ley nº 13.004, de 24 de junio de 2014, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm [Consulta: 12/7/2015]. No obstante, existen algunos precedentes: la *actio popularis* existe en el ordenamiento de Brasil desde 1934 y podía ser presentada por cualquier ciudadano brasileño a efecto de anular actos administrativos dañinos al patrimonio público, la moralidad de la administración pública, el medio ambiente o el patrimonio histórico y cultural (Constitución Brasileña, artículo 5, LXXIII), pero siempre dirigiéndose contra la Administración (la versión reciente es la Ley nº 4717, de 29 de junio de 1965, *Regula a ação popular*) ya que el interés que fundamenta la legitimación no es, al contrario que en la LAP, el derecho al medio ambiente sino el interés en el cumplimiento de la legalidad. Otro precedente fue la "Acción Directa de Inconstitucionalidad", también de 1934. Sobre el tema, vid. A. GIDI, op.cit., p. 892. No obstante, como ya precisamos, no es ésta - de la Ley 7347- una acción popular, ya que el interés de base no es el cumplimiento de la legalidad y los individuos no están legitimados, solo las asociaciones.

Así, según su artículo 5 estarán legitimados:

“ Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007):

I - o Ministério Público II - a Defensoria Pública. III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista. V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Constatamos cómo no sólo el Gobierno –en sus diferentes niveles de organización territorial- o el Ministerio Público tienen legitimación, sino también la Defensoría del Pueblo, *autarquia*, empresa o sociedad de economía mixta y las asociaciones que lleven por lo menos constituidas un año en los términos de la ley civil¹⁰⁸² y contemplen entre sus fines la protección de los intereses a los que la ley se refiere en el artículo primero.

Esta ley permite pues ejercitar acciones en defensa de intereses supraindividuales con un fin preventivo y de reparación de daños que sufra el grupo (derechos difusos y colectivos), pero no permite un procedimiento colectivo ante los tribunales por daños a derechos individuales, tema regulado por otras normas que abordaremos a propósito de las acciones colectivas y que incluyen expresamente los perjuicios individuales del daño ambiental. Se hace así una diferencia clara entre el interés legítimo supraindividual y el derecho o interés individual basado en derechos patrimoniales¹⁰⁸³.

Las cantidades de dinero que pudieran obtenerse del litigio –siempre priorizando la reparación *in natura*- son destinados al Fondo Nacional de Intereses Difusos —un fondo federal—, a fondos estatales provinciales o

¹⁰⁸² Requisito dispensable por la autoridad judicial si existe un evidente interés social, a que asociaciones creadas *ad hoc* puedan ser legitimadas. Vid., artículo 82.1 del Código brasileño de protección al consumidor de 1990: “El requisito de la constitución previa puede ser dispensado por el juez en las acciones previstas en los artículos 91 y siguientes, cuando exista un notorio interés social, evidente por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.” (Traducción propia). Vid., Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de defesa do consumidor)*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm [Consulta: 12/7/2015].

¹⁰⁸³ Hace una valoración muy positiva de esta diferenciación en la legislación brasileña P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11. Legitimación...”, op.cit., p. 197 (nota 12).

a fondos municipales, usados en la protección de los derechos de la comunidad según el objeto de protección; de manera que hay cuentas destinadas al medio ambiente, otras a los consumidores o la infancia.

Una de las críticas más habituales es el que no exista ningún control de la representación de las ONG. Esto es, no todas representarán legítimamente los intereses de la comunidad. Es por ello que algunos autores¹⁰⁸⁴ recomiendan que exista una “acreditación” –como en Italia o Francia- que el gobierno pueda dar periódicamente a las ONG sobre su capacidad, independencia y representatividad, de manera que, por encima del tiempo de constitución o de que en los estatutos diga que “protege el ambiente”, se asegure una mayor legitimidad de su representación colectiva. No obstante, el filtro gubernamental también puede conllevar sesgos negativos.

En general, la valoración de esta ampliación de la legitimación procesal a partir del reconocimiento de un derecho al medio ambiente parece claramente positiva, al haber permitido, al margen de posibles matices o consideraciones teóricas, una clara mejora en el acceso de los ciudadanos a la justicia y el que bienes como el medio ambiente puedan ser protegidos por los cauces del Derecho civil, con las ventajas que eso supone¹⁰⁸⁵.

- Argentina

¹⁰⁸⁴ A. GIDI, Acciones colectivas..., op.cit., p. 86. El autor precisa que para evitar “interferencias” con el Gobierno, que es en muchos procesos el demandado, debería otorgarse en base a criterios objetivos como: número de miembros, carácter democrático, fin altruista, fuente de ingresos, etc.

¹⁰⁸⁵ No olvidemos el papel tan importante que se atribuye al Ministerio Público en la defensa de los intereses ambientales en Brasil, país en el que la falta de recursos tanto de la Administración, con escaso presupuesto ante la problemática ambiental –ya que el hambre, la salud, la educación o el desarrollo económico son prioritarios-, como de las ONG nacionales, hacen de su actuación algo esencial para que los daños ambientales sean reparados y sus responsables paguen por tales perjuicios, tanto ecológicos como privados, morales y patrimoniales. Vid., S. CAPPELLI, El Ministerio Público Fiscal y la protección ambiental, pp. 177 - 193. disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/5%20MINISTERIO%20PUBLICO%20FISCAL%20Y%20PROTECCION%20AMB/18%20Capelli%20EI%20ministerio%20publico%20y%20proteccion%20amb.pdf> [Consulta: 10/10/2014].

En Argentina, se reconoce un derecho *subjetivo* a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (artículo 41 de la Constitución Nacional)¹⁰⁸⁶. Este derecho subjetivo concede al perjudicado un interés legítimo para reclamar los daños y perjuicios en la jurisdicción civil, siempre que medie dolo, culpa o negligencia¹⁰⁸⁷.

Además, algunas legislaciones ambientales, procesales o constitucionales recientes de algunas provincias han consagrado la “acción popular” o de “protección de intereses difusos”, extendiendo la legitimación a cualquier ciudadano para reclamar ante un juez el cese de la actividad dañosa al medio ambiente así como la reparación de los daños. También existe una acción de amparo (art. 43 de la Constitución Nacional) que consagra la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones¹⁰⁸⁸ de defensa del medio ambiente.

- 2.3. Lesión a los derechos individuales homogéneos, típicamente objeto de tutela en el ordenamiento civil y que están íntimamente relacionados con el perjuicio ambiental en el que tienen causa (daño a la salud, propiedad, etc.).

Estos son derechos individuales y disponibles reconocidos sin discusión y su tutela no presenta mayores problemas en relación a su encuadre en el

¹⁰⁸⁶ Vid. al respecto el informe de R. KOOLEN, “Argentina. La responsabilidad por daños ambientales” en: PNUMA, La responsabilidad por daño ambiental, 2012, pp. 28- 45, disponible en: www.pnuma.org/.../No.5LaResponsabilidadporDañoAmbiental.doc [Consulta: 8/7/2014].

¹⁰⁸⁷ No obstante no se tiene conocimiento de casos en los que este derecho se haya invocado de manera directa para obtener reparación por parte de particulares. Vid., R. KOOLEN, op.cit., p. 40

¹⁰⁸⁸ Lo cual no implica una subrogación de los derechos a la reparación civil de los daños y perjuicios sufridos por afectados directamente por el daño ambiental. Vid., IBÍDEM, p. 40.

marco de la responsabilidad civil extracontractual¹⁰⁸⁹ ni en lo que respecta a la determinación de la legitimación salvo por las lesiones “de masa” que perjudican a tantos individuos que los mecanismos clásicos para la agrupación de pretensiones devienen insuficientes y retan la configuración tradicional del proceso si se quiere garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Piénsese en la contaminación del agua por un vertido que afecte a toda una comunidad (*Shell Nigeria*), o los efectos de las radiaciones sobre la salud humana (*Chernóbil*), o la exposición a desechos tóxicos de todos los niños que jugaban sobre los mismos con absoluto desconocimiento de la toxicidad por parte de las familias (*Boliden-Chile*), etc.

Por ello también en este punto son esenciales las acciones colectivas que permitan una mayor economía procesal, visibilidad social y jurídica del daño – por la atomización que muchas veces existe en estos supuestos con un innegable balance coste-beneficio desfavorable para el demandante individual- y una mejor articulación procesal que garantice el acceso a la justicia en toda su amplitud.

Así, no todos los interesados/afectados son parte procesal –en representación de su interés litiga una persona, un grupo o asociación¹⁰⁹⁰...- pero los efectos de la sentencia sí les afectan –cumplidos determinados requisitos-, de manera que se economiza en recursos y se evitan soluciones contradictorias, teniendo efectos la sentencia para todos los afectados que se hayan sumado al proceso expresamente (ejercitando su derecho de *opt in*) o que no hayan manifestado explícitamente su deseo de no formar parte (no ejercitando su derecho de *opt out*), según los sistemas.

Las acciones colectivas respecto de estas vulneraciones de derechos individuales subjetivos en “masa”, colaterales al daño ambiental, encuentran

¹⁰⁸⁹ Son los problemas clásicos relacionados con el perjuicio medioambiental que han sido abordados desde la óptica del Derecho de daños.

¹⁰⁹⁰ Como es sabido, no nos referimos a la representación o sustitución procesal propiamente dichas.

problemas¹⁰⁹¹ relevantes desde la óptica del Derecho internacional privado y del Derecho procesal internacional y, también, si consideramos el fin de protección ambiental indirecta íntimamente vinculado a aquéllos. Quizás por esto, como veremos *infra* al profundizar en las acciones colectivas, la regulación de éstas es un fenómeno aún sin consolidar en la muchos de los sistemas de Derecho civil en los países de la UE, debiéndose avanzar en su regulación¹⁰⁹², especialmente en materia ambiental. Si bien la acción colectiva es una institución cuya homogeneización en el ámbito del Derecho de la UE ha sido ya abordada por la doctrina y por estudios de las instituciones europeas, generando amplio debate, no se ha dado aún ningún paso legislativo homogéneo al respecto -en parte por evitar la importación del régimen de los EE.UU., sobre lo que mucho se ha escrito y discutido¹⁰⁹³-.

No obstante, la opinión sobre tales mecanismos ha ido mejorando en el ámbito de los países de la UE en los últimos años, pasando de un rechazo prácticamente generalizado¹⁰⁹⁴, a una preocupación cada vez mayor por

¹⁰⁹¹ Como la dispersión del coste, la poca relevancia de los pequeños daños atomizados aun siendo el daño global catastrófico que desalienta la acción de las víctimas, la dispersión geográfica o su distanciamiento con el hecho generador del daño, los foros de competencia judicial disponibles, etc.

¹⁰⁹² Así lo recomienda la doctrina y también la Comisión Europea, vid. Comisión Europea, Press Release: “Commission recommends Member States to have collective redress mechanisms in place to ensure effective access to justice”, 11 junio 2013, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_en.htm [Consulta: 10/9/2014]. Vid. también: “Las demandas colectivas chocan con el sistema judicial español”, Web de Unión de Consumidores de Extremadura, 14 octubre 2014, disponible en: http://www.ucex.org/Noticias/demandas_chocan.html [Consulta: 14/10/2014].

¹⁰⁹³ Sobre las acciones de clase y la importación o compatibilidad del régimen estadounidense con el europeo continental, vid., entre otros: J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada, 2011, 184 pp.; L. CARBALLO PIÑERO, op.cit.; A. FERRERES COMELLA, “Las acciones de clase (“class actions”) en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº 11-2005, pp. 38-48; J. G. BACKHAUS, A. CASSONE, G. B. RAMELLO (COORD.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, 2012, pp. 306-326.

¹⁰⁹⁴ Acerca de las objeciones –y respuestas- formuladas ante la posible introducción de demandas colectivas en un sistema legal civil, vid. bibliografía citada por: A. GIDI, op.cit., p. 904 y bibliografía allí citada; A. GIUSSANI, *Studi Sulle “Class Actions”*, CEDAM, Padua, 1996, L. BORÉ, *La Défense des Intérêts Collectifs par les Associations Devant les Jurisdictions Administratives et Judiciaires*, LGDJ, 1997; M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989, esp., p. 294; F. CARPI, “Cenni sulla Tutela degli Interessi Collectivi nel Processo Civile e la Cosa Giudicata”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 1974, pp. 957-961, p. 957; R. CAPPALLI y C. CONSOLO, “Class Actions

instaurar procedimientos colectivos que den una respuesta más eficaz a todos los daños de masa de los que las sociedades actuales son testigos, siendo constante el goteo de países que se suman a tales regulaciones, como veremos.

Su evolución será clave si, en algún momento, se considera la vía civil tanto para los intereses supraindividuales en el disfrute del medio ambiente –algo esencial- como para los daños ecológicos en determinados supuestos o, incluso, una vía ambiental específica, en la que existieran competencias civiles, administrativas y penales específicas para abordar íntegramente los daños al medio ambiente.

Por tanto, sin necesidad de alargarnos en un punto sobre el que existe una opinión unánime consolidada a nivel de titularidad y accionabilidad, pasamos a estudiar las acciones colectivas que, en nuestro ámbito de estudio, serán relevantes en dos supuestos: en caso de que se pretenda la tutela del interés supraindividual en el disfrute del medio ambiente o para la defensa de derechos subjetivos lesionados de manera colateral y vinculada al perjuicio ecológico. Como el acuerdo a nivel supraestatal respecto del primero de ellos está lejos de ser una realidad –mucho menos el eventual tratamiento de los daños ecológicos puros por la jurisdicción civil-, nos centraremos en los segundos, siendo conscientes de que, como plantearemos en las propuestas de *lege ferenda* al final del capítulo, son perfectamente ampliables a la defensa del interés supraindividual en el que encuentran especial acomodo.

III. Las acciones colectivas.

3.1. Los retos a los mecanismos procesales tradicionales y la relevancia para el Derecho internacional privado.

for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temple International & Comparative Law Journal*, 6, 1992, pp. 217-233, p. 217.

Existen numerosas definiciones doctrinales de lo que entendemos por “acciones colectivas” y no todas apuntan en un mismo sentido. En esta investigación englobaremos bajo tal denominación todas las acciones por daños que hayan afectado a una pluralidad de individuos y que, bien por su gran número o bien por la dificultad de identificación o la especial trascendencia del interés en juego, no pueden plantearse, como apuntábamos, con mecanismos clásicos como litisconsorcios pasivos, intervención procesal o acumulación de acciones¹⁰⁹⁵.

Así, definimos a efectos de este trabajo la acción colectiva como el instrumento procesal institucionalizado que pretende resolver con mayor eficacia y eficiencia conflictos que afectan a una pluralidad de sujetos en sus derechos, yendo más allá de los intereses particulares y privados para lograr un mejor cumplimiento del Derecho –del medio ambiente, de igualdad entre hombres y mujeres, de consumidores o usuarios, y cuantos ámbitos de relevancia colectiva puedan contemplarse-; la acción, como tal, será derecho subjetivo de aquéllos sujetos afectados en alguno de sus derechos y de cuantas personas la ley determine¹⁰⁹⁶.

Nótese que esta definición incluiría tanto los derechos individuales homogéneos como los supraindividuales. En este sentido, el auto de 16 de junio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 11ª) da una explicación al respecto: “La defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares y privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses

¹⁰⁹⁵ A efectos prácticos y entre otras diferencias, en la acción colectiva puede darse un beneficio de extensión de los efectos de la sentencia a otros sujetos no intervinientes en el procedimiento, como veremos, pero que se han encontrado afectados por el mismo hecho en los mismos derechos, mientras que en una acción que agrupe pretensiones individuales la eventual sentencia sólo afectará a los intervinientes.

¹⁰⁹⁶ Vid. la definición de acción colectiva de A. GIDI que recoge parte de la doctrina, entre otros, L. CARBALLO PIÑERO: “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece al grupo de personas (objeto del litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. Vid., op.cit., p. 88; C. SCHEPISI, “Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 4, 2010, pp. 1053-1085

que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de los demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de una regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes”¹⁰⁹⁷.

El problema principal, desde una óptica nacional, parece ser adaptar el proceso, tradicionalmente individual, a situaciones con una pluralidad de afectados cuyo manejo por los sistemas tradicionales de legitimación y acumulación de acciones no puede dar respuestas satisfactorias. No obstante, más allá de este reto, la cuestión de las acciones colectivas tiene una clara relevancia para el Derecho internacional privado debido al elemento de transnacionalidad que planteamos, generalmente asociado a daños masivos.

Como hemos visto, es frecuente que en los supuestos de daños catastróficos o de gran magnitud que afectan a una pluralidad de eventuales demandantes, con frecuencia concurra un elemento internacional, como puede ser el hecho de que existan afectados de diversos países o de que el hecho generador del daño y el demandado sean de un Estado distinto a aquel de verificación del daño, etc ¹⁰⁹⁸. Este factor implica de lleno al Derecho internacional privado en la búsqueda de una regulación de las acciones colectivas con elementos transnacionales –como la distinta domiciliación de las víctimas- que permita mejorar el acceso y la administración de justicia de una manera unificada o, al menos, armonizada. Ya que, mientras no exista un instrumento uniforme, el *forum shopping* será esencial para los demandantes que, además de considerar cuestiones como la ley aplicable que les sea más beneficiosa o las ventajas del sistema procesal de cada país, considerarán qué

¹⁰⁹⁷ Auto nº 110/2005, de 16 de junio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), FD. 2º, [JUR 2005\173138].

¹⁰⁹⁸ También esta situación puede extenderse a otros supuestos, como el daño por la violación de contratos de consumidores y usuarios o bien por el uso de productos defectuosos que se comercializan por todo el mundo, con víctimas de multitud de Estados, así como daños por accidentes de medios de transporte (piénsese en el caso del *Costa Concordia* en enero de 2012). La amplia potencial aplicación de acciones colectivas a nivel europeo incrementa la relevancia de su estudio y regulación.

Estado les ofrece mecanismos más efectivos para litigar colectivamente y así equilibrar su posición frente a los demandados, grandes empresas con mayores recursos económicos, técnicos y jurídicos.

Es por ello el estudio de esta cuestión esencial también en Derecho internacional privado, sobre todo a nivel europeo, ya que su adecuada regulación contribuirá a aminorar las diferencias que distorsionan el proyecto del Espacio Judicial Europeo y del mercado único. Es evidente que, entre otras consecuencias, las divergencias entre las reglamentaciones procesales de los Estados miembros se verán directamente relacionadas con las decisiones de domiciliación de las matrices de multinacionales, que priorizarán, *ceteris paribus*, los foros en los que no se permitan acciones colectivas a los demandantes. Esto tiene claras repercusiones fiscales por la atracción de capitales que puede generar distorsiones negativas de distintos órdenes.

Igualmente, la relevancia del tema en relación a los daños ambientales transnacionales parece clara: en primer lugar, porque los daños privados son los que indiscutiblemente encajan en el esquema de la responsabilidad civil y porque se dan, con mucha frecuencia, junto con los ecológicos –que también podrían ser considerados civiles de acuerdo a ciertos ordenamientos, como ya hemos explicado-; en segundo lugar, porque la protección de estos intereses otorga una protección indirecta al medio ambiente que, si bien es insuficiente –por todo lo ya apuntado- no debe ser minusvalorada en tanto que visibiliza situaciones atentatorias contra el entorno y el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente saludable, equilibrando las situaciones de poder cuando el causante de los daños es una empresa multinacional; en tercer lugar, porque el carácter muchas veces masivo de los daños ecológicos puede dispersar el daño entre muchos afectados, sufriendo cada uno un daño poco relevante -y desincentivando por tanto las demandas individuales-, pero siendo el global catastrófico y necesitado de reparación; en último lugar –sin perjuicio de otras posibles razones-, porque si los daños ecológicos comienzan a considerarse desde la óptica del Derecho civil, la existencia de las acciones colectivas tendrá un papel esencial en el acceso a la justicia y la obtención de tutela efectiva.

Abordaremos a continuación las posibilidades que ofrecen las normas del Derecho de la UE para las acciones colectivas en referencia a los foros de competencia judicial internacional y a su posible aplicabilidad a estas acciones colectivas, así como a las recomendaciones en materia de acciones colectivas por parte de las instituciones europeas -ya que no existen por el momento normas procesales unificadas-. Por tanto, al ser este mecanismo parte del Derecho procesal, nos remite directamente a los distintos ordenamientos nacionales.

En segundo lugar, analizaremos las acciones colectivas que ofrecen las normas nacionales en España y en Derecho comparado, para terminar apuntando algunas posibles mejoras en el panorama normativo en el medio o largo plazo, ya que ante supuestos de tráfico externo como los que nos ocupan tal análisis resulta imprescindible.

3.2. Acciones colectivas y competencia judicial internacional en el sistema español de Derecho internacional privado.

3.2.1. En presencia de normas supraestatales.

3.2.1.1. Normas supraestatales convencionales.

En los convenios internacionales aplicables en España en los que se regulan foros específicos de competencia judicial internacional (vid. supra capítulo II) no existen previsiones concretas sobre acciones colectivas. Hay que entender, por tanto, que dependerá del Derecho procesal del foro en el que se plantee la demanda la posibilidad de hacerlo con una acción colectiva o, por el contrario, haciendo uso de mecanismos tradicionales de acumulación de acciones.

Lo que desde luego no parece posible a la luz de los textos de los convenios en vigor es el planteamiento de acciones colectivas para la defensa de intereses colectivos o difusos. Éstas, como en todo lo no regulado por los convenios, serían disciplinadas bien por otra norma supraestatal aplicable

(Reglamento europeo, en su caso), o bien, en defecto de ésta, por normas nacionales que sí contemplasen tal posibilidad, no sólo procesal sino, sobre todo, materialmente. Por ello, lo frecuente en caso de daños nucleares y en caso de daños causados a las aguas del mar por hidrocarburos serán reclamaciones basadas en derechos subjetivos lesionados, pérdidas económicas como consecuencia del vertido o daños a la salud, con cauces procesales tradicionales de acumulación de pretensiones y con efectos que beneficiarán a las partes y nunca a terceros.

3.2.1.2. Normas supraestatales institucionales: el Reglamento 1215/2012 y las acciones colectivas.

El concepto de acciones colectivas asumido por las instituciones europeas es muy amplio debido a la gran variedad de conceptos nacionales de “remedios colectivos” entre los Estados miembros. Así, la Comisión Europea da una definición muy amplia en su “Recomendación”¹⁰⁹⁹: “Collective redress”¹¹⁰⁰ o “recurso colectivo” es “i) el mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de solicitar la cesación de un comportamiento ilegal, de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación (recurso colectivo de cesación) y ii) el mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de reclamar una indemnización de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas que afirmen haber sido perjudicadas en caso de daños masivos o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación (recurso colectivo de

¹⁰⁹⁹ Vid., COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 11/6/2013, (2013/369/UE), DOUE L 201/60, de 26/7/2013, vid. especialmente, Punto 3 a).

¹¹⁰⁰ No nos parece afortunada su traducción por “recurso”. En el mismo sentido, M. OTERO CRESPO, “Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?”, *Boletín Centro de Estudios y Documentación Europeos*, Universidade de Santiago de Compostela, Noviembre 2013, p. 1, disponible en: http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial_noviembre2013_MartaOteroCrespo_Acciones_Colectivas.pdf [Consulta: 12/12/2014]. Podríamos traducir *redress*, en sentido general, como *remedio* o *tutela*. De la misma opinión, P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op.cit., p. 195, nota 7.

indemnización)”. Se incluyen, como vemos, acciones de cesación y de reparación o indemnización bajo una definición amplia que pretende englobar todos los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

Asimismo, el Parlamento¹¹⁰¹ hizo hincapié en la necesidad de considerar las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la Unión a la vez que se solicitaba una mayor coordinación en la búsqueda de un marco coherente con principios comunes que permitieran un acceso uniforme a la justicia a través de estos remedios colectivos.

Si bien diversos autores han elaborado clasificaciones de las acciones colectivas, proponemos la elaborada por A. NUYTS¹¹⁰² que, bajo la denominación amplia de “acción colectiva”, diferencia básicamente tres tipos: 1) “Acción de grupo”, en la que un número identificado de demandantes unifican en un solo procedimiento sus reclamaciones. 2) “Acción representativa o de representación”, en la que una entidad cualificada *ex ante*¹¹⁰³ litiga en representación del grupo de individuos, no siendo éstos propiamente parte en el proceso. 3) “Acción de clase”, en el que un demandante actúa en representación de un grupo de individuos que se verán directamente vinculados por la sentencia, ya hayan ejercido su derecho a *opt in* o no hayan

¹¹⁰¹ EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 2 February 2012 on “Towards a Coherent European Approach to Collective Redress” (2011/2089 (INI)), P7_TA (2012) 0021. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+PDF+V0//EN> [Consulta: 10/12/2014]. Fue el resultado de la consulta pública: EUROPEAN COMMISSION, Public consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, 4 February 2011, SEC (2011) 173 final, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/cr_consultation_paper_en.pdf [Consulta: 11/6/2014].

¹¹⁰² Las categorías han sido traducidas al inglés por la autora. Vid., A. NUYTS, “The consolidation of collective claims under Brussels I”, en: N. HATZIMIHAL & A. NUYTS, op.cit, pp. 69 y 70. Otra clasificación más amplia en B. HESS, “Collective redress...”, op.cit., p. 59.

¹¹⁰³ La Recomendación de la Comisión incluye como actores tanto a entidades representantes como a entidades acreditadas *ad hoc* o autoridades públicas, en representación y en nombre de dos o más personas físicas o jurídicas que declaren correr el riesgo de sufrir daños o haber sufrido daños como consecuencia de daños masivos, cuando dichas personas no sean partes del procedimiento. Vid., COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes..., op.cit., Punto 3, d).

ejercicio su derecho a *opt out* ¹¹⁰⁴.

El desarrollo de estas acciones en el panorama legislativo dentro de la Unión ha sido impulsado por la protección de los consumidores y por el Derecho de la competencia. Sin embargo, tanto la Comunicación de la Comisión ¹¹⁰⁵ como sus Recomendaciones ¹¹⁰⁶ sobre estos remedios colectivos han incluido expresamente otras áreas, entre las que se encuentra la *protección medioambiental*, e igualmente a nivel nacional, aquéllas se han extendido a otras áreas como los instrumentos financieros colectivos, los derechos humanos, etc. ¹¹⁰⁷ Ahora bien, fueron recomendaciones no vinculantes, resultado de un debate largo y polémico debate, lo cual resultó decepcionante para algunos pero, pese a todo, predecible, ya que “it had been clear for some time that the current political situation would not allow a directive or regulation which would impose any obligation on the Member States to implement new instruments for the collective enforcement of damages claims”¹¹⁰⁸.

El creciente reconocimiento de su importancia por parte de la doctrina ¹¹⁰⁹ y de la acogida de la litigación civil como instrumento útil y eficaz al

¹¹⁰⁴ En el modelo *opt in*, para ser considerado parte en una acción colectiva es necesario hacer una solicitud formal, tras la notificación del tribunal. No ocurre así en el *opt-out*, en el que se considera a todos parte salvo que se manifieste expresamente la voluntad contraria y, por tanto, todos los demás quedarán vinculados por la sentencia.

¹¹⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo”, Estrasburgo, 11/6/2013, COM (2013) 401 final, vid., especialmente, punto 1.3.

¹¹⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables..., op.cit., vid. especialmente, Considerando 7.

¹¹⁰⁷ Vid., N.E. HATZIMIHAİL, “Collective redress and global governance”, en: : N. HATZIMIHAİL & A. NUYTS, op.cit., pp. 316 y 317 y bibliografía allí citada. Algunos autores se refieren a estos temas como aquéllos que de alguna manera requieren de una “*public interest litigation*”.

¹¹⁰⁸ M. CLOUGH QC ET AL., Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, European Law Institute, December 2014, vid. p. 12, disponible en: http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/S-5-2014_Statement_on_Collective_Redress_and_Competition_Damages_Claims.pdf [Consulta: 27/12/2014]

¹¹⁰⁹ Prueba de ello es el número de recientes publicaciones en torno al tema, entre las que destaca, junto con las ya citadas y por el tratamiento específico de las cuestiones

servicio de los objetivos regulatorios de la Unión¹¹¹⁰ y del derecho de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos han llevado a numerosas reflexiones y propuestas, en especial en referencia a los foros disponibles para la interposición de tales acciones.

Partimos de que el Reglamento 1215/2012, como instrumento regulatorio básico de la determinación de la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias y otras cuestiones de Derecho procesal internacional, que será aplicable por cualquier tribunal de la UE para determinar la competencia en supuestos de daños ambientales siempre que el demandado esté domiciliado en la UE, no contiene previsiones específicas acerca de acciones colectivas -ni respecto de las acciones para la adopción de medidas preventivas ni de aquéllas orientadas a obtener compensación-¹¹¹¹. Si bien algunos autores han abogado por ello¹¹¹², bien en un instrumento diferenciado bien en el mismo reglamento, la Comisión, en su Comunicación *cit. supra*, considera que debe recurrirse a las normas del Reglamento 1215/2012 en toda su extensión¹¹¹³, incluyendo las acciones preventivas, como veremos. Así, en el tema que nos ocupa, esto nos sitúa ante la siguiente pregunta: *¿Qué posibles foros son aplicables para posibles acciones colectivas*

medioambientales y novedad, la siguiente: V. HARSAGI & C.H. VAN RHEE (EDS.), *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, *Ius Commune: European and Comparative Law Series*, vol. 133, Intersentia, Amberes, vol. 133, 2014, 298 pp.

¹¹¹⁰ Una reflexión interesante de la que ya hemos hecho eco a lo largo del trabajo acerca de cómo el Derecho privado y el público se entremezclan en estas cuestiones, de cómo regulación y prevención van de la mano con la compensación y del papel que la litigación privada puede tener en una mejor distribución de los recursos públicos, en obtener economías de escala en el proceso, en facilitar la recogida de pruebas, etc., en: L. GORYWODA, N. HATZIMIHAİL & A. NUYS, "Introduction: Market Regulation..." en: A. NUYS & N. HATZIMIHAİL (eds.), *op.cit.*, pp. 34 y ss.

¹¹¹¹ Ampliamente sobre esta cuestión en el ámbito de la UE, A. STADLER, "Mass Damages in Europe", en: W.H. VAN BOOM & G. WAGNER (EDS), *op.cit.*, pp. 197-229.

¹¹¹² A tal efecto se han propuesto diversos puntos de conexión para intentar que todas las demandas se presenten ante un único foro: el lugar del domicilio de la mayoría de las partes que aleguen daños o, en su caso, de las entidades representantes; el domicilio del demandando o, incluso, la creación de una Sala especial en el TJUE para acciones colectivas transfronterizas. Vid., COMISIÓN EUROPEA, "Hacia un marco horizontal...", *op. cit.*, vid. punto 3.7, párrafo 2.

¹¹¹³ COMISIÓN EUROPEA, "Hacia un marco horizontal...", *op. cit.*, vid. punto 3.7, párrafo 3. Son muchos autores los que coinciden con esta postura, defendiendo la aplicabilidad de los foros del Reglamento 1215/2012 a las acciones colectivas. Vid., L. CARBALLO PIÑERO, *op.cit.*, p. 97, citando a P. LAKKIS, C. MICHAILIDOU, U. STENGEL, P. HAKEMAN...

y qué implicaciones tienen en litigios por daños ambientales transnacionales?

Si bien es cierto que la regulación de la jurisdicción en el Reglamento se basa en una concepción del litigio individual -por lo que aquélla debe acreditarse personalmente respecto de cada demandante y acción-, podemos encontrar en el texto actual dos posibles foros para acciones colectivas en el tema que nos concierne¹¹¹⁴: el del domicilio del demandado del artículo 4 y el del lugar del daño del artículo 7.2, en tanto que permite demandar por la totalidad de los daños en el lugar del acto que dio origen al daño –o donde el daño *podiera* producirse-, como ya hemos visto antes.

El artículo 4 permitiría plantear en los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado acciones de demandantes domiciliados en distintos Estados –e incluso fuera de la UE- siempre que el Estado en cuestión en su *lex fori* reconociera algún tipo de acción colectiva y se cumplieran sus requisitos, pudiéndose reclamar, por tanto, por la totalidad del daño (si se presentasen todas las demandas allí).

Sin embargo, es éste un foro que, por lo general, privilegia y protege al demandado. Lo cual parece perder fundamento en el contexto de las acciones colectivas en el que, por lo general, el demandado está en una posición mucho más fuerte económicamente¹¹¹⁵. Por ello, este foro, como han señalado

¹¹¹⁴ Cabrían otros en materias diversas. Vid., L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., pp. 99-135. En el supuesto de hecho que nos ocupa cabría también incluir el del 7.4, para plantear acción colectiva en el lugar de ubicación de la sucursal.

¹¹¹⁵ Algunos autores argumentan que, al litigar colectivamente, los demandantes dejan de ocupar esa parte débil y, por tanto, no cabrían foros de protección para litigar colectivamente ni excepciones o interpretaciones laxas de los foros generales. No estamos de acuerdo con este argumento en relación a grupos de sociedades transnacionales, puesto que, en la práctica, ni mucho menos el poder de un grupo de consumidores o de afectados por daños ambientales – que a pesar de su balance coste-beneficio se anima a litigar frente a un grupo multinacional- equivale al poder de un grupo de empresas, en términos de conocimiento y astucia en estrategias procesales, recursos técnicos y económicos, etc. Además, establecer diferencias en relación a la competencia judicial internacional según se trate de una demanda individual o colectiva puede claramente incentivar el *forum shopping* creando diferentes niveles en el acceso a la justicia por parte de los eventuales demandantes que hayan sufrido daños en distintos Estados resultado de un mismo hecho generador. Sin olvidar que siempre existirán mecanismos para evitar el abuso en el planteamiento de acciones colectivas, como el desestimar la pretensión si se estima infundada o denunciar un fraude procesal. Vid., sobre la polémica: L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., pp. 70 y 130, especialmente, p. 111 y bibliografía allí citada.

algunos autores¹¹¹⁶, puede ser perjudicial para los demandantes al situarles con cierta desventaja frente al pleito, ya que litigar en el extranjero generalmente envuelve para ellos mayores riesgos y costes –razón ésta por la cual, en ámbitos como el de protección de los consumidores, se han creado foros de protección¹¹¹⁷–.

Por otra parte tenemos el foro del artículo 7.2, con posible utilización para demandas colectivas en tanto que permite demandar ante los tribunales del lugar de “verificación del daño” por los daños producidos en ese Estado, pero ante los del país en el que se produjera ese “hecho generador del daño” por la totalidad de los mismos; además, ese lugar –siempre que pueda ser identificado, cuestión a veces nada fácil- será invariable para todos los demandantes.

No obstante, este lugar coincidirá en muchos casos con el del domicilio del demandado¹¹¹⁸, con los ya aducidos inconvenientes, por lo que la “utilidad” de esa segunda opción del 7.2. es en principio mínima para las demandas colectivas: por una parte, porque si se opta por el lugar del evento generador del daño, la acumulación de todas las demandas sería posible pero sin duda más difícil –demostrar el lugar del hecho generador, sobre todo en caso de múltiples demandados- que optar por el foro del domicilio del demandado que, por lo general, conducirá al mismo tribunal competente; por otra parte, porque si se opta por los tribunales del lugar de manifestación del daño, éstos no permitirán la acumulación ya que, de acuerdo a la teoría del mosaico –jurisprudencia caso *Shevill* y otros, vid. *supra*–, sólo son competentes en relación a los daños causados en el territorio de ese Estado, no respecto de las otras reclamaciones por daños¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ B. HESS, op.cit., p. 63; E. LEIN, “Cross border...”, op.cit., p. 133. Vid., ampliamente, *supra*, en el capítulo II.

¹¹¹⁷ N. HATZIMIHAIL, “Collective...”, op.cit., p. 321.

¹¹¹⁸ A. NUYTS, “The consolidation...”, en: N. HATZIMIHAIL & A. NUYTS, op.cit, p. 76 y bibliografía allí citada (nota 23).

¹¹¹⁹ En el mismo sentido, vid. L. CARBALLO PIÑERO, op. cit., p. 121. Nótese que esto podría dar lugar a una multiplicación de los foros, motivo por el cual, según ciertos autores, debería

Ahora bien, ¿es esto siempre así? No. Recientemente, aunque en otro ámbito –de violación a través de Internet de los derechos de la personalidad-, el TJUE ha abierto una interesante “alternativa”, en los casos *e-Date* y *Martinez* (asuntos acumulados)¹¹²⁰. ¿Por qué? Ha admitido, en base al artículo 7.2, la jurisdicción de los tribunales donde sólo parte del daño se ha verificado respecto del total de reclamaciones por daños -sin que sea el lugar del hecho generador, que mantiene, lógicamente, la competencia sobre el total de las reclamaciones- por considerarlo el lugar donde la víctima tiene su “centro de intereses”, concluyendo que:

“1. El artículo 5, número 3, (...), debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido”.

El TJUE justifica el empleo de este “nuevo” criterio de conexión en relación al artículo 5.3 (hoy 7.2. con el Reglamento 1215/2012) en base a estos argumentos:

1) La dispersión y carácter potencialmente universal del daño hace que

negarse la posibilidad de aplicar este foro a las acciones colectivas. No compartimos tal argumento, existiendo otros mecanismos para evitar la multiplicación de los foros.

¹¹²⁰ STJUE (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, as. acumulados *eDate Advertising GmbH vs. X* (C-509/09) y *Olivier Martinez y Robert Martinez vs. MGN Limited* (C-161/10).

la dificultad para concretar el lugar donde el daño se ha producido sea desproporcionada en atención a la gravedad de la lesión sufrida por la víctima, lo cual hace necesario otro punto de conexión: “Las dificultades de la aplicación, en el contexto de Internet, del citado criterio del lugar donde se ha producido el daño, consagrado en la sentencia Shevill y otros, antes citada, contrasta, como el Abogado General señaló en el punto 56 de sus conclusiones, con la gravedad de la lesión que puede sufrir el titular de un derecho de la personalidad que observa que un contenido que lesiona ese derecho está disponible en cualquier punto del planeta. Por lo tanto, procede adaptar los criterios de conexión recordados en el apartado 42 de la presente sentencia en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño”¹¹²¹.

- 2) El nuevo punto de conexión favorece la buena administración de justicia: “Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses¹¹²², la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia, recordado en el apartado 40 de la presente sentencia”¹¹²³.

- 3) El punto de conexión del “centro de intereses” de la presunta víctima

¹¹²¹ STJUE, as. *eDate y Martínez*, fd. 47 y 48.

¹¹²² La sentencia interpreta este lugar de la siguiente manera: “Por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual. Sin embargo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro”. STJUE as. *eDate y Martínez*, fd. 49.

¹¹²³ STJUE as. *eDate y Martínez*, fd. 48.

cumple con el objetivo de la debida previsibilidad de las normas de competencia: “...(véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, BVG, C-144/10, Rec. p. I-0000, apartado 33), también con respecto al demandado, dado que el emisor de un contenido lesivo puede, en el momento de la publicación en Internet de ese contenido, conocer los centros de intereses de las personas que son objeto de éste(...)”.

Es decir, el TJUE añade un factor de conexión ajeno al texto art. 7.2 porque las circunstancias lo requieren¹¹²⁴, asumiendo el *spill-over effect*, esto es, que un tribunal nacional pueda juzgar un caso en el que las actividades se han desarrollado enteramente en el extranjero y las personas dañadas están establecidas en el extranjero; ¿qué impide entonces que la necesidad de litigación colectiva sea esa circunstancia especial que justifique un criterio de conexión especial que permita litigar por la totalidad de los daños en algún otro lugar al del hecho generador del daño? Y, concretamente, ¿podrían reclamarse todos los daños ante un tribunal de un lugar en el que se verifican daños aunque no sea el “más afectado” por el hecho –es decir, más allá del caso *eDate y Martínez*-?¹¹²⁵

Según algunos autores, sí, ya que de no hacerlo podríamos encontrar dificultades para localizar ese “lugar más afectado” y porque se podría estar dando prioridad a los mercados/países más grandes, donde habrá un mayor número de víctimas (lo cual no quiere decir que relativamente sea el más afectado), de manera que las víctimas de pequeños países/mercados nunca podrán disfrutar de esa ventaja procesal de litigar en casa; no siendo en absoluto neutro respecto a las distintas víctimas. Por tanto, el criterio, en un juicio que compartimos, también porque facilita la prueba y podrá adaptarse mejor a las peculiaridades de cada caso, es que la jurisdicción sobre el total de los daños podrá tenerla el tribunal de “cualquier lugar en el que se verifican los

¹¹²⁴ Así lo considera, A. NUYTS, “The consolidation...”, op.cit., p. 78.

¹¹²⁵ Sobre esta delicada cuestión, vid. Z. TANG, “Consumer collective redress in European Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 7, 2011, pp. 101-147, p.101 y D. TZAKAS, “Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: Panacea or Chimera?”, *Common Market Law Review* 48, 2011, pp. 1125-1174, p.1167; A. NUYTS, “The consolidation...”, op.cit., p.79.

daños de manera suficiente como para cumplir con los requisitos de previsibilidad y buena administración de justicia”¹¹²⁶.

En el supuesto de daños al medio ambiente causados por sociedades, entablar acciones colectivas parece esencial –por el acceso a la justicia, la operatividad y efectividad de la misma y por razones de economía procesal- en casos de daños ambientales que afectarán con toda probabilidad a múltiples demandantes, con lo cual es interesante que aquéllas pudieran funcionar en cualquiera de los foros que se ofrecen a este supuesto: domicilio del demandado¹¹²⁷, lugar del hecho que causó el daño y lugar de verificación del daño, siempre que guarde una conexión razonable con cualquiera de ellos y sea razonablemente previsible para el demandado –sin duda puede serlo el del domicilio de la matriz-, ya que de lo contrario se podría aumentar el riesgo de multiplicidad de procesos abiertos y con ello de resoluciones contradictorias (las que puedan litigar colectivamente lo harán en un Estado y el resto tendrá que litigar en el suyo, por sus respectivos daños).

Y es esto así, porque los principios de protección ambiental, de protección de la parte débil en casos de daños causados por multinacionales¹¹²⁸ y la específica naturaleza de los daños al ambiente, junto con la suscripción del Convenio de Aarhus por parte de la UE, representan a nuestro juicio un peso mayor que el que tienen los inconvenientes o riesgos de ampliar la posibilidad de consolidación de acciones a otros foros distintos al del domicilio del demandado. Entre estos riesgos cabe mencionar los siguientes¹¹²⁹:

¹¹²⁶ A. NUYS, “The consolidation...”, op.cit., p. 79.

¹¹²⁷ Recordamos que en el caso de las personas jurídicas se considera domicilio bien el lugar de su sede estatutaria, bien el de su administración central o el centro de actividad principal, adjetivo éste con el cual se pretende evitar que se pueda convertir en un foro exorbitante. En línea con la guía de la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION sobre “Paris-Rio Guidelines of Best Practices for Transnational Group Actions”, Río de Janeiro Conference, 2008, principio 3.1., p. 27. disponible en: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/42D26742-4ED3-4638-8C0DC8A15085A3D1> [Consulta: 16/12/2014].

¹¹²⁸ Las acciones colectivas facilitan el acceso a la justicia de las víctimas extranjeras cuando se pretende la responsabilidad civil de las corporaciones con domicilio en el lugar en el que se plantea la demanda. L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., p. 100.

1) Que se generen diferencias de trato entre todos los demandantes, ya que algunos litigarán en el lugar de su domicilio –los del lugar ante cuyos tribunales se acumule la acción- y otros no. Este inconveniente, desde nuestro punto de vista, es menor, teniendo en cuenta que existe libertad para formar parte de la acción colectiva o no, decisión que será coherente con el análisis coste-beneficio de cada demandante¹¹³⁰.

Sin embargo, si atendemos a la posible legitimación de las ONG, cuya representatividad sí está limitada territorialmente¹¹³¹, esto puede dar lugar a la imposibilidad fáctica de litigar en foros distintos a los propios, especialmente problemático cuando se litiga en el lugar del domicilio del demandando, uniéndose a tal dificultad –para los perjudicados extranjeros- las propias de litigar fuera de casa, pudiendo llegar a crear *áreas de impunidad para los potenciales demandados*¹¹³² frente a las acciones colectivas.

Esto es lo que ha tratado de evitar la Comisión en sus Recomendaciones, estableciendo que “cualquier entidad designada previa y oficialmente por un Estado miembro para ejercer acciones de representación debería estar autorizada a actuar ante el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse en caso de daños masivos”, reconociéndose su capacidad y legitimación¹¹³³

¹¹²⁹ A. NUYTS, “The consolidation...”, op.cit., p. 72.

¹¹³⁰ En lo que atañe a los ciudadanos individuales, en nada deben hacerse diferencias entre los miembros del grupo ni deberá importar su nacionalidad a tal efecto. L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., p. 87 y bibliografía allí citada (nota 192).

¹¹³¹ Porque su representatividad, vinculada a una autorización estatal, por lo general, va unida indudablemente al territorio de ese Estado. Sobre los requisitos de representatividad en Derecho comparado en la UE, en relación al ámbito del consumo, vid., IBÍDEM, pp. 71 y 73. Volveremos sobre esto más adelante.

¹¹³² IBÍDEM, p. 73.

¹¹³³ Nótese que entre estas entidades se puede encontrar el Ministerio Fiscal siguiendo la definición de las Recomendaciones de entidades representantes, algo que podría llevarnos al debate de qué legitimación tiene para litigar en otro Estado miembro y de acuerdo a qué ley se establece tal legitimación. Vid., sobre el debate acerca de la ley aplicable a la cuestión y su eventual actuación transfronteriza: M^ª DOLORES ADAM MUÑOZ, El proceso..., op.cit., pp. 41-44; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO ET AL., Lecciones..., op.cit., p.131; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, Derecho procesal..., op.cit., p. 424.

aunque sea de otro Estado miembro, se entiende¹¹³⁴. Parece proponerse aquí un principio de reconocimiento mutuo de estas entidades, asociaciones y sujetos designados por los Estados para la defensa de ciertos intereses –hasta la fecha, de los consumidores–.

2) La posibilidad de *forum shopping*. Sobre este particular ya hemos manifestado la distinta consideración en cuanto a su carácter perjudicial o legítimo, vid. *supra*.

3) La posible consecuencia de que los grupos de empresas sean sistemáticamente demandados en los sistemas legales más exigentes con mecanismos de justicia colectiva más desarrollados y eficaces. Que esto sea un problema es discutible¹¹³⁵. Que las víctimas de un daño causado por una corporación puedan accionar colectivamente –aunque para ello deban recurrir siempre a foros concretos que les son más beneficiosos en este sentido, con los límites de conexión mínima y previsibilidad razonable– no parece negativo porque, en primer lugar, parece equilibrar la desigualdad de poder de origen entre las partes, algo favorable para el desarrollo de un juicio justo y, en segundo lugar, porque dicha posibilidad incentivará a las víctimas a litigar¹¹³⁶, pudiéndose lograr un mayor cumplimiento de la normativa comunitaria y nacional –y de sus respectivos objetivos regulatorios– que si los daños que se han sufrido quedan sin reparación.

¹¹³⁴ Vid., COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables..., op.cit., vid. puntos 17 y 18. En materia medioambiental, los requisitos para la legitimación a nivel europeo podrían seguir lo establecido –en relación con las acciones de revisión– en el Reglamento CE nº1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DO L nº 264 de 25 septiembre 2006), arts. 11 y 12 y en el Convenio de Lugano de 1993, aunque no llegara a entrar en vigor, en su art. 18.

¹¹³⁵ Distinto es esto de la litigación fraudulenta o abusiva, poco probable en estos casos y sobre la que, no obstante, reflexionaremos más adelante.

¹¹³⁶ En una encuesta del Eurobarómetro del año 2011 encontramos el dato de que el 79% de los encuestados en los 27 EEMM afirmaron que estarían más dispuestos a litigar para defender sus derechos si pudieran agruparse con otros consumidores. GALLUP ORGANIZATION, Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection, marzo 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_300_en.pdf [Consulta: 15/12/2014], citado en: COMISIÓN EUROPEA, Comunicación..., op.cit., p. 8.

Por otra parte, instaurar el foro del domicilio del demandado como exclusivo para acciones colectivas representaría un claro beneficio para las sociedades demandadas que siempre tendrían el privilegio de defenderse en su propio domicilio, más aún si dicho Estado no provee mecanismos eficaces para el acceso a la justicia de grupos de afectados en estos supuestos, generando graves diferencias entre las empresas y posibles movimientos de sedes indeseables, algo que no va en una dirección muy acorde al objetivo de instaurar un espacio judicial europeo y un mercado común, al fin y al cabo¹¹³⁷. Si el perjuicio se ha materializado en otro Estado, esto perjudicará doblemente a los demandantes: ya de por sí parte débil, podrán ver limitada su defensa por el ámbito territorial de representatividad de las asociaciones legitimadas –sí en su Estado pero no en el del domicilio de la matriz- y por los costes de litigación en el extranjero.

4) Por último, el riesgo de procedimientos paralelos al poderse iniciar las acciones colectivas en distintos Estados. Este inconveniente también se señaló en relación a la teoría del mosaico –doctrina de la ubicuidad- en relación al art. 7.2 que, no obstante, se considera un foro correcto y, por ello, el riesgo asumible en tanto que las exigencias de proximidad¹¹³⁸, buena administración de justicia y previsibilidad, se cumplen.

Además, en el ámbito práctico, no parece muy probable que en los daños catastróficos causados por corporaciones multinacionales las víctimas no coincidan en elegir el foro más beneficioso para sus intereses, en el que expectativas de resultado pueden compensar los mayores costes de litigio en el extranjero. Prueba de ello es el alto número de casos, en relación al total, en el que las víctimas de estos daños buscan de manera conjunta foros extranjeros más beneficiosos para sus pretensiones: *vid.*, caso *Bhopal* (EE.UU en vez de India), *Akpan vs. Shell Nigeria* (Países Bajos en vez de Nigeria),

¹¹³⁷ De la misma opinión, A. NUYTS, “The consolidation...”, *op.cit.*, p.72.

¹¹³⁸ *Vid.*, sobre los posibles problemas que pueden darse en relación a los miembros de la clase ausentes en las acciones *opt out* (ya que en las de *opt in* no se plantearía tal problema) y al principio de proximidad, y la importancia del sistema de notificaciones y del derecho a excluirse del procedimiento, *vid.*, L. CARBALLO PIÑERO, *op.cit.*, p. 101.

Amoco Cadiz (EE.UU en vez de Francia), *Transfigura* (Reino Unido y Países Bajos en vez de Costa de Marfil), etc. También podrían arbitrarse mecanismos para conseguir la acumulación de esos procesos paralelos llegado el caso, como la obligada acumulación de acciones –colectivas- por reglas de litispendencia, proximidad (mayor volumen de reclamaciones, mayor facilidad para la ejecución, presencia de bienes, etc.).

Por tanto, no pensamos que los riesgos aducidos –unido al de la temida litigación abusiva, siempre presente en estos casos y ya analizado- superen a las ventajas en cuanto a la posibilidad de litigar colectivamente en todos los foros disponibles para el litigio individual.

A pesar de estos intentos jurisprudenciales por flexibilizar y adaptar las normas a los retos que la realidad plantea, podemos concluir que el régimen del Reglamento 1215/2012 no proporciona un mecanismo apto para la resolución de demandas colectivas. En palabras de M. WATT, “the Regulation is in its present form ill-equipped to deal with the onslaught of aggregate claims (...)”¹¹³⁹. No incorporó, por lo demás, las propuestas planteadas en el proceso de revisión del Reglamento 44/2001¹¹⁴⁰.

Por todo ello, parece poco probable que se establezcan pautas homogéneas en la UE en el corto o medio plazo en relación a estas cuestiones procesales relacionadas con la defensa de intereses supra-individuales, más aún si se trata de intereses difusos donde el interés general en juego puede ocasionar aún más dificultades. No obstante, las Recomendaciones sí concretan algunas cuestiones y establecen principios generales que deberían estar incorporados en dos años desde su adopción –esto es, el 26 de julio 2015-, especialmente pensando en litigios por daños a intereses individuales homogéneos ante los cuales existe una mayor posibilidad de consenso y una

¹¹³⁹ Vid., M. WATT, op.cit., p. 111, citado por N.E. HATZIMIHAL, op.cit., p. 320. También de esta opinión: E. LEIN, “Cross border...”, op.cit., p. 141, para quien es inconcebible que la búsqueda de foros para las acciones colectivas haya recibido tan poca atención en el proceso de revisión del Reglamento 44/2001.

¹¹⁴⁰ Vid. Propuesta de la Comisión, COM (2010) 748, op.cit., art. 37.3. Y, más recientemente: COMISIÓN EUROPEA, Comunicación..., op.cit. COM(2013) 401 final.

menor problemática.

Entre los más significativos: se deben prever acciones colectivas de cesación y de indemnización para daños masivos; se incluye la protección del medio ambiente como ámbito en el cual debe aplicarse lo previsto por la Recomendación y en el que se debe poder ejercer la acción privada complementaria para hacer valer los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión; se limita inferiormente a dos el número de demandantes¹¹⁴¹; las acciones *opt in* –en las que los individuos o sociedades en el proceso son aquellos que activamente deciden ser parte del mismo– se consideran regla general, siendo las *opt out* excepcionales y debiendo justificarse en aras a una mejor administración de justicia; se prevé la actuación por entidades de representación que podrán ser asociaciones previamente acreditadas, entidades creadas *ad hoc* con control judicial o administrativo o una autoridad pública; en todos los casos estas entidades no podrán tener ánimo de lucro, deberá existir relación directa entre sus objetivos y los derechos vulnerados y deberán tener suficiente capacidad técnica, jurídica y financiera; para asuntos transfronterizos debe admitirse que las entidades de representación de otros Estados no impidan su actuación en acciones colectivas en un Estado miembro; se prevé la acción colectiva consecutiva tras una decisión de una autoridad pública; se consagra el principio de “quien pierde, paga” pero se prohíben las indemnizaciones punitivas; se deberá verificar que los casos infundados no sigan su curso; se contempla el recurso a mecanismos extrajudiciales con controles judiciales *ex post*, etc. No obstante, no se abordan cuestiones de Derecho internacional privado específicas relativas a la competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable.

Aunque la protección ambiental se recoge en las Recomendaciones como ámbito sujeto a las mismas, quizás de nuevo haya sido ésta -que no deja de ser un instrumento de *soft law*- una oportunidad perdida para avanzar en la regulación de los recursos colectivos para intereses jurídicos supraindividuales

¹¹⁴¹ Puede plantearse el problema de que se establezcan en cada Estado mínimos distintos. Así lo señala, para el caso específico de Polonia, M. OTERO CRESPO, “Las acciones colectivas...”, *op.cit.*, p. 3, recordando que en la ley polaca son necesarias al menos diez personas para poder plantear una acción de clase.

en Europa¹¹⁴². Aunque abordaremos esa posible regulación más adelante, volvemos ahora a los posibles foros de competencia judicial internacional cuando el Reglamento no sea aplicable, algo que puede ocurrir, como ya vimos, cuando el demandado no esté domiciliado en la UE (que impide la aplicación del Reglamento 1215/2012) y, de manera concurrente, el *hecho del que deriven los daños haya ocurrido en territorio español*, vid. *supra*.

3.2.2 Foros para acciones colectivas en defecto de instrumento supraestatal.

Hemos visto cómo, si bien existen foros del Reglamento aplicable a nuestro supuesto de estudio, no se prevén a nivel supraestatal ni foros específicos para tales demandas colectivas ni tampoco pautas unificadas para que los distintos Derechos procesales las regulen de manera similar.

En España, en defecto de instrumento supraestatal, al igual que ocurre con los del Reglamento de la UE, los foros disponibles y aplicables a supuestos de responsabilidad extracontractual por daños medioambientales –los que dan lugar *a priori* a responsabilidad civil de tal tipo (art. 22.2 y 22.33 LOPJ)- son igualmente aplicables a demandas individuales o colectivas en línea con lo que se interpreta para el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012 y habrá que entender que, siempre que el Derecho procesal español prevea las acciones colectivas para tales daños –algo que no ocurre hasta la fecha- podrán emplearse los foros de competencia judicial internacional para tales acciones sin que este hecho suponga ningún cambio a efectos de jurisdicción y regulándose tal procedimiento por la ley del foro, como ya hemos visto. Ahora bien, en virtud del art. 22.3 habría que entender que los demandantes que componen el grupo deberían tener todos ellos su residencia habitual en España¹¹⁴³ –al igual que

¹¹⁴² Vid. X. KRAMER, “Commission recommendations in collective redress”, *Conflict of Laws. Net.*, June 11, 2013. Available at: http://conflictoflaws.net/2013/commission-recommendations-collective-redress/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29. [Consulta: 12/06/2013].

¹¹⁴³ Nótese que este requisito no sería necesario en caso de que se tratara de una acción civil acumulada a la acción penal, ya que la territorialidad de ésta requeriría que el hecho hubiera

los demandados, si son varios-

Sin embargo, como veremos, sólo serían posibles en España las acciones referidas a la defensa de consumidores y usuarios y de la igualdad entre hombres y mujeres, sin perjuicio de aquellas acciones populares previstas en las leyes sectoriales. Veamos a continuación cuál es la regulación procesal de tales acciones en Derecho interno (3.3.) en ausencia de regulación procesal supraestatal que las unifique, para posteriormente analizar la materia en el ámbito del Derecho comparado (3.4.).

3.3. Las acciones colectivas en Derecho interno.

Como hemos visto, la regulación de las acciones colectivas la encontramos en las normas procesales nacionales, por lo general, muy diversas¹¹⁴⁴. Veamos a continuación cuál es la regulación procesal en el Derecho español y en algunos ordenamientos extranjeros cuyas previsiones serán aplicables y determinarán el acceso a la Justicia mientras no existan normas procesales unificadas al respecto en el seno de la UE –aunque sin perder de vista las Recomendaciones abordadas *supra*–, algo que, de llegar a producirse, no podemos situar en un corto o medio plazo.

3.3.1. Acciones colectivas en Derecho español.

Si bien la base del Derecho procesal privado en nuestro ordenamiento es, en esencia, individualista (es sólo el titular del daño o interés dañado el que

acaecido en España pero sin importar la residencia de las víctimas –que éstas también se localicen en otros Estados–. Vid., L. CARBALLO PIÑERO, *op.cit.*, p. 125 y bibliografía allí citada.

¹¹⁴⁴ Al menos dieciséis países pertenecientes a la Unión Europea han adoptado algún tipo de regulación de las acciones colectivas (Austria, Países Bajos, Portugal, Polonia, Bulgaria, Italia, Hungría, Grecia, Lituania, Suecia, España, Bélgica, Alemania, Francia, Dinamarca, Inglaterra y Gales). Vid, E. LEIN, “Cross border collective redress and jurisdiction under Brussels I: a mismatch”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality...*, *op.cit.*, p. 129. Entre los no europeos destacan también: Argentina, Chile, Brasil, Canadá, China, Noruega, Estados Unidos, Taiwan, Sudáfrica, entre otros. Vid., M. REQUEJO Y M. OTERO, “Collective redress in Spain: Recognition and enforcement of class action judgements and class settlements”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality...*, *op.cit.*, p. 310, nota 5. Más adelante abordaremos las regulaciones nacionales de manera más extensa.

puede reclamar), el reconocimiento de las acciones colectivas se encuentra en el ordenamiento español de manera general y de manera sectorial¹¹⁴⁵, aunque de una manera dispersa y, en todo caso, sin que exista ningún capítulo normativo ni tribunal especial dedicado a las mismas.

En cuanto a las normas generales, nos referimos al art. 7.3. LOPJ¹¹⁴⁶ de 1985: “Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos “se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”. Pareciera que el artículo es una norma que habilita de manera general para plantear acciones colectivas en defensa tanto de intereses individuales homogéneos como colectivos, debiendo entrar por tanto, teóricamente, el medio ambiente entre los posibles ámbitos de aplicación.

¹¹⁴⁵ De manera general, vid., art. 7.3 LOPJ, art. 31.2 Ley 30/1992 del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común. De manera sectorial, en el ámbito civil, en los arts. 6.1.7 y 8, 7.7, 11, 13.1,15, 76.2.1, 78.4, 221, 222.3, 256.1.6, 519 de la LEC que, si bien están en un cuerpo común de normas, se refieren a la defensa de los intereses de consumidores y usuarios; igualmente, el art. 11 bis LEC para igualdad entre hombres y mujeres; art. 76 Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 29 de noviembre de 2013; art. 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal; art. 24 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Para un análisis amplio en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias y acuerdos en España, fruto de acciones colectivas, vid. J.J. MARÍN LÓPEZ, “Las acciones de clase en el Derecho español”, *InDret*, 03/2001, julio 2001, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80689/105025> [Consulta: 23/6/2014]; M. REQUEJO Y M. OTERO, “Collective redress in Spain...”, op.cit., pp. 310 y ss., quienes ponen de manifiesto el escaso tratamiento doctrinal de este tema y el deficiente enfoque metodológico y uniforme. También: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Group Litigation in Spain”, *The Globalization of Class Actions*, Stanford University, 2007, disponible en: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/spain_national_report.pdf [Consulta: 10/12/2014].

¹¹⁴⁶ Con este artículo, que acoge la referencia del artículo 24 de la Constitución española, según GARNICA MARTÍN, “se abriría con carácter general la posibilidad de que existiera legitimación por simple interés”, lo cual no necesariamente la hace extraordinaria. Vid. GARNICA MARTÍN, “Las acciones de grupo en la LEC 1/2000”, *Diario La Ley*, octubre 2001.

No obstante, según algunos autores, la inclusión posterior en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)¹¹⁴⁷, en el año 2000¹¹⁴⁸, de normas de legitimación extraordinaria *ex lege* que concretan esta posibilidad para asociaciones, corporaciones, etc. en casos especiales, excluye que el artículo genérico pueda aplicarse a otros casos no contemplados por normas específicas¹¹⁴⁹, aunque sí pueda constituir un argumento a favor de su regulación en otros ámbitos. Además de esta interpretación, bastante razonable¹¹⁵⁰, se suma el argumento de que la misma LEC limita la capacidad procesal en defensa de intereses colectivos o difusos al ámbito del consumo, como claramente se recoge en el artículo 6 LEC. No obstante, la legitimación de ciudadanos que se hayan visto afectados en un derecho o interés legítimo y que, por tanto, litigan en nombre y derecho propio, no sería extraordinaria sino ordinaria y, por tanto, la aplicación análoga del esquema de las acciones colectivas en estos supuestos sí sería posible, como veremos más adelante.

Así, el artículo 11 LEC habilita expresamente como legitimados a los grupos de afectados o asociaciones para la defensa de los intereses colectivos

¹¹⁴⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE nº 7 de 08 de Enero de 2000.

¹¹⁴⁸ Por fin en el año 2000 el legislador español atendió la fuerte demanda de regulación de estos intereses colectivos y difusos que la doctrina consideraba indispensable. Un estudio crítico y amplio sobre la génesis del artículo, su incorporación a la LEC y su aterrizaje en la práctica forense en: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, "Artículo 11...", op.cit., pp. 185-234.

¹¹⁴⁹ Vid. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ Y V. MORENO CATENA ET AL, Derecho procesal..., op.cit., pp. 92 y ss.; M. REQUEJO Y M. OTERO, "Collective redress in Spain...", op.cit., p. 311; J.J. MARÍN LÓPEZ, op.cit., p.4, quien niega expresamente que pueda aplicarse a daños medioambientales: "(...) que las acciones de clase no son de aplicación para daños colectivos no causados a consumidores y usuarios. Así por ejemplo, no son de aplicación a los daños colectivos medioambientales (p. ej., daños derivados de una inmisión dañosa o de un vertido incontrolado). Cuestión distinta es que se propugne una aplicación análoga para este tipo de casos del régimen previsto en la LEC para daños causados a consumidores y usuarios".

¹¹⁵⁰ No olvidemos que los supuestos de legitimación extraordinaria, como es el caso, han de ser interpretados restrictivamente ya que la ley - saltándose la regla general de que el sujeto legitimado es aquél que lo hace en nombre propio para defender un derecho del que es titular - legitima, al considerar que está en juego un interés prevalente y digno de protección, a ciertas asociaciones o entidades que no son titulares del derecho por el cual litigan en nombre propio. Vid., F. CORDÓN MORENO ET. AL. (COORD.), Comentarios a..., p. 167.

en dos ámbitos concretos, limitando de este modo la acción colectiva a los mismos¹¹⁵¹. Éstos son:

A) La legitimación de asociaciones para la defensa de consumidores y usuarios (artículo 11 LEC):

“1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el

¹¹⁵¹ Recuérdese que no es lo mismo la acción colectiva que la acumulación de acciones, ya que en ésta última todos los interesados son parte, a diferencia de la primera. Vid., L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., p. 126.

ejercicio de la acción¹¹⁵².

5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios¹¹⁵³.”¹¹⁵⁴

Se constata como la ley no distingue entre los intereses supraindividuales y los derechos individuales homogéneos, pese a que, por primera vez, se incorporan estos términos a la norma positiva. Esto es una grave carencia de nuestra regulación ya que esta diferenciación, lejos de representar un debate meramente nominal es, sin duda, esencial para entender la naturaleza de las situaciones jurídicas a las que hacen referencia y los mecanismos jurídicos elegidos para su tutela, ya que en un caso se trata de *intereses solidarios en su lesión y satisfacción*¹¹⁵⁵ y, en el otro, de derechos individuales y escindibles, aunque se hayan lesionado, de manera conjunta, muchos de ellos. Igualmente, en los efectos de la sentencia notamos claras diferencias: mientras que en el caso de los intereses supraindividuales aquélla beneficiará automáticamente a los cointeresados, en el caso de los derechos individuales esto no ocurrirá, siendo los efectos individualizables¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² El art. 6.1.8º hace referencia a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, para lo cual será necesario que estén incluidas en una lista publicada en el DOUE, previa solicitud al Instituto Nacional de Consumo. Si son además asociaciones de consumidores deberán pertenecer también al Consejo de Consumidores y Usuarios. No se hace referencia a la legitimación de asociaciones europeas para litigar en España, cuestión que abordaremos más adelante.

¹¹⁵³ La legitimación del Ministerio Fiscal nos parece esencial y ya indiscutible en todos aquellos procesos en los que un interés social esté comprometido, como suele ser el caso en la defensa de intereses supraindividuales cuando se ha visto afectada una pluralidad de personas. La legitimación sería en todo caso concurrente a la de los afectados y las asociaciones y estaría fundamentada en esa función de velar por el interés social (arts. 124 CE, 435 LOPJ y 1 Ley 50/1981). Vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11....”, op. cit., pp. 226-228. Volveremos sobre el papel del Ministerio Fiscal en Derecho comparado y en las propuestas de *lege ferenda*.

¹¹⁵⁴ Números 4 y 5 del artículo 11 introducidos por la disposición adicional segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (B.O.E. 28 marzo). *Vigencia: 29 marzo 2014*.

¹¹⁵⁵ Con la expresión acertada de P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11....”, op. cit., p. 205.

¹¹⁵⁶ Así, vemos como las legislaciones más avanzadas en acciones colectivas, como la norteamericana o la brasileña o francesa, que abordaremos *infra*, o textos supranacionales como el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica o la Directiva 2009/22/CE

Esta carencia, de hecho, ha dado lugar a que la jurisprudencia difícilmente reconozca la legitimación particular en base al interés y no a un derecho individual subjetivo. Prueba de ello son, en sede civil, las sentencias siguientes: SAP Barcelona (Sección 14^a), de 3 noviembre 2003 [AC 2003/1763] en el ámbito de consumidores y usuarios, la cual se niega por entender que el art. 11 LEC en su primer inciso se refiere a acciones por derechos individuales sin que quepa la legitimación particular para la defensa de un interés supraindividual y, en la misma línea, las SSAP Alicante 2 febrero 2005 y 21 septiembre de 2006 [AC 2005, 325; JUR 2007, 16074].

Se trataría, no obstante, de una legitimación ordinaria cuya formulación en este artículo es sin duda redundante en nuestro ordenamiento y que ampara, tanto la protección de derechos e intereses individuales como supraindividuales, de manera coherente con el art. 25.2 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, General de Publicidad (que atribuye a los titulares de derechos e intereses legítimos el poder de solicitar al anunciante la cesación o rectificación cuando la publicidad les afecte) el art. 19.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (que también atribuye a cualquier persona que participe en el mercado y resulte perjudicada o amenazada por el acto de competencia desleal a ejercitar las acciones previstas en la ley) y algunas sentencias que han reconocido la legitimación individual en base a intereses supraindividuales¹¹⁵⁷.

El art. 11 sí diferencia acertadamente, en función del grado de determinación de los sujetos afectados, entre los intereses colectivos (apartado 2, con sujetos determinados o determinables) y los difusos (apartado 3, con

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DOUE L nº 110 de 01 de Mayo de 2009), sí las diferencian. Vid., IBÍDEM, "Artículo 11....", op. cit., pp. 197-198 y 201; INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/303> [Consulta: 23/02/2015]

¹¹⁵⁷ Vid., STS 25 febrero 1993 [RJ 1993\1469], STC 214/1991, de 11 noviembre (BOE 17 diciembre 1991).

sujetos indeterminados)¹¹⁵⁸ aunque, como veremos más adelante, parece referirse a derechos individuales homogéneos y no a intereses supraindividuales. Así, además de la legitimación individual de los propios afectados, el art. 11 establece varios supuestos en los que una asociación puede estar legitimada¹¹⁵⁹, aunque de manera algo confusa en su terminología. Estos son, esencialmente, cuatro:

- Apartado 1. De éste se derivan tres:
 - 1) Para defender sus propios intereses y derechos, lo cual nada tiene que ver con los intereses supraindividuales ni con una posible sustitución procesal sino, simplemente, con una legitimación ordinaria para defender intereses legítimos de una persona jurídica siempre que ésta cumpla determinados requisitos bastante obvios: válida constitución, personalidad jurídica y por tanto capacidad para ser parte procesal y, con todo ello, legitimación ordinaria para defender sus derechos e intereses.
 - 2) Para defender los derechos de sus asociados, que habrá que entender como derechos individualizables los cuales la asociación defiende en representación de los afectados pero con su consentimiento, no sólo porque a nivel teórico parece controvertido imaginar que la aquélla pudiera disponer libremente de derechos individuales de los asociados sino porque en la práctica, será necesario el consenso -y por tanto su autorización/participación- por parte de los afectados para que la asociación pueda presentar pruebas, alegaciones, etc.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁸ Será habitual que en los colectivos exista un nexo jurídico del grupo entre sí o frente a un tercero mientras que en los difusos tal vínculo se limitará a las circunstancias de hecho que se han dado en el caso concreto.

¹¹⁵⁹ Nótese que el artículo 7.3 LOPJ reconoce la legitimación –que presupone, también, el reconocimiento de la capacidad para ser parte- tanto a asociaciones y corporaciones como a los “grupos que resulten afectados...”.

¹¹⁶⁰ No se trata de una sustitución procesal y tampoco de una legitimación ordinaria, sino más bien de una *representación institucional* y en todo caso voluntaria, como ha calificado J. MONTERO AROCA, De la Legitimación..., op.cit., pp. 423 y 424; vid. también: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Art. 11...”, op.cit., p. 214.

3) Para defender los intereses generales de consumidores y usuarios. A éstos llama la ley “generales” de manera equivocada a nuestro juicio, ya que en realidad está haciendo referencia a intereses supraindividuales¹¹⁶¹, colectivos o difusos, ante cuya vulneración –que afecta a un grupo de sujetos- pueden plantearse acciones de cesación o reparación en base a que es función de la asociación proteger tales intereses y que en base a esto se le concede por ley legitimación. Es éste el verdadero supuesto de legitimación de asociaciones que se dedican, porque así lo fijan en sus estatutos, a la defensa de los derechos de consumidores y usuarios o, en su caso, al interés supraindividual que esté en juego, identificando el bien jurídico que la asociación quiere proteger como finalidad estatutaria¹¹⁶² con el interés supraindividual de los afectados, de manera similar a la construcción jurisprudencial que se desarrolló en los Países Bajos y que ya abordamos en el epígrafe 2.2.2.1. del presente capítulo.

- Apartados 2 y 3:

4) Para defender los derechos individuales homogéneos –a pesar de la denominación literal empleada en la ley parece que se hace referencia a éstos- de los consumidores y usuarios que han sufrido perjuicios materiales y patrimoniales, estén determinados (apartado 2) o indeterminados (apartado 3), sin perjuicio, obviamente, de la

¹¹⁶¹ Ya abordamos la diferencia entre los intereses generales (el que tiene un ciudadano por el mero hecho de serlo en el cumplimiento de la legalidad y que legitimaría, en los supuestos determinados por la ley, a un individuo frente a la Administración o en la vía penal pero no en la vía civil) y los supraindividuales (los legítimos intereses individualizables de los miembros de un grupo más o menos determinado, que se concretan en situaciones protegidas y que otorgan legitimación a los particulares afectados en su interés por un acto ilícito). La crítica a tal denominación acrílica es compartida por J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, op.cit., p. 425.

¹¹⁶² Es esta finalidad la que justifica la existencia del interés legítimo por el principio de especialidad de las personas jurídicas. P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op. cit., p. 216: “Cuando un acto o hecho incide en las necesidades específicas de una categoría de sujetos referidas al medio ambiente, que es su función proteger, afecta a un bien jurídico en el que la organización está interesada, por tratarse de su finalidad estatutaria, manifestación inequívoca de interés legítimo”.

legitimación individual. No será necesario acreditar poder de representación de los afectados pero lógicamente, la actuación de aquélla deberá ser coherente a sus deseos. Cuando los afectados no son determinados sólo estarán legitimadas y tendrán capacidad las asociaciones “representativas”¹¹⁶³, excluyendo al resto de legitimados que el artículo enumera¹¹⁶⁴, con la intención posiblemente de otorgar solvencia y adecuada representación al litigio cuando existen perjudicados sin determinar. No obstante, este requisito de adscripción al Consejo de Consumidores y Usuarios para obtener legitimación ha sido también criticado, doctrinal y jurisprudencialmente, ya que por la misma definición del art. 20 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, se entiende su carácter representativo sin necesidad de ulteriores requisitos¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ Vid., F. CORDÓN MORENO ET. AL. (COORD.), Comentarios a..., op. cit., pp. 144 y 145. Como la ley no establece criterio alguno de “representatividad”, habrá que estar al artículo 24.2 Real Decreto Legislativo 1/2007, las asociaciones de consumidores serán representativas cuando sean parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, organización nacional que integra las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supra-autonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, son más representativas (artículo 38.1). Recordemos que, en virtud del art. 24.2, si los hechos dañosos afectan fundamentalmente a una Comunidad Autónoma se sumarán a las legitimadas a nivel estatal las que dicha Comunidad considere representativas a estos efectos.

¹¹⁶⁴ Dejamos al margen del análisis la legitimación de “entidades legalmente constituidas” sobre las cuales no ahondaremos puesto que han de entenderse sujetas a los mismos derechos y requisitos que la de las asociaciones, con las que comparten estatuto jurídico y procesal, si bien no existe claridad acerca de a qué agrupaciones se refiere la ley. Vid. al respecto, J. MONTERO AROCA, De la legitimación..., op.cit., pp. 428 y ss. Tampoco vamos a profundizar en la legitimación de los “grupos de afectados” –conjunto de afectados sin personalidad jurídica independiente unidos por un interés común de satisfacción solidaria- por su controvertida virtualidad práctica y teórica ya que, si partimos de la legitimación individual, tanto en defensa de intereses supraindividuales (donde tendremos una legitimación compartida pero individualizable) como para la defensa de derechos individuales homogéneos, tendremos grupos de afectados pero sin que el empleo de la representación ni su actuación conjunta signifique ninguna legitimación diferente o “colectiva”, toda vez que el grupo, además, existe “ex post”. Por otra parte, la LEC, en el artículo 6.1.7º restringe la capacidad para ser parte a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso “cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados”. Esto último resulta algo complicado, ¿cómo saber que estamos ante la mitad más uno? ¿Quién debe acreditarlo? Véase un análisis crítico de esta regulación que sin duda compartimos en: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op.cit., p. 223 y pp. 228-233.

¹¹⁶⁵ Así lo ha reconocido la SJPI Madrid, Número 2, de 25 octubre 2002 (AC 2003/362), citada por J. MONTERO AROCA, De la legitimación..., op.cit., p. 433, nota 646.

Se trata en todo caso de una legitimación extraordinaria que en ningún caso supone la titularidad material de los intereses o derechos sino tan solo un poder procesal o instrumental.

Ahora bien, en ambos casos, la asociación o persona jurídica no representa individualmente a los afectados sino que ostenta una especie de “representación institucional del conjunto y en virtud de ella afirma no la titularidad del derecho subjetivo o del interés legítimo individual sino un interés colectivo cuya defensa jurídica justifica la existencia de la propia persona jurídica”¹¹⁶⁶.

Por tanto, el art. 11 habilita para el ejercicio de acciones colectivas tanto para la defensa de intereses supraindividuales como para derechos individuales homogéneos que podrán ser de cesación en ambos casos (solicitando condena de no hacer o de “dejar de hacer” para evitar la producción de un daño)¹¹⁶⁷, de reparación o de indemnización, debiendo diferenciar estas dos últimas sin perjuicio de que puedan acumularse. Algunos autores consideran que la vulneración de los intereses supraindividuales nunca puede dar lugar a una acción indemnizatoria. Si bien compartimos esta premisa, ya que la reparación es lo que de verdad repara el daño a la pluralidad de afectados (por ejemplo, la eliminación de una publicidad engañosa o, en el caso ambiental, la rehabilitación de los recursos naturales dañados por un vertido en las aguas de un río), cabría plantear una posible acción indemnizatoria por los daños morales que el tiempo de no disfrute ha ocasionado –o, incluso, la reparación “mediata”, esto es, previa valoración pecuniaria en base al coste de reparación que podría gestionarse mediante un Fondo de protección medioambiental-. Volveremos sobre esta idea en las propuestas de *lege ferenda*.

En el caso de daños ambientales también será esencial una correcta distinción entre los distintos intereses lesionados y los legitimados para

¹¹⁶⁶ Vid., J. MONTERO AROCA, De la legitimación..., op.cit., p. 413.

¹¹⁶⁷ Reguladas en arts. 6.1.8, 11.4, 15.4, 52.1.16, 221.2 y 250.1 LEC de manera general.

accionar al respecto ya que, por lo general, habrá, además de daños individuales homogéneos –particulares y personalizables- un interés supraindividual afectado, ya sean, en ambos casos, los afectados determinados o indeterminados. Y lo conveniente sería, sin duda, la posibilidad de una tutela conjunta, salvando la diferente naturaleza y protección procesal de ambos tipos de intereses, como apuntamos *supra*, sin olvidar que el acceso a una tutela conjunta redundaría en economía procesal, mayor igualdad entre las partes procesales y una justicia más efectiva. Creemos que esto es lo que pretendió la LEC pero el resultado fue impreciso en relación a los derechos de consumidores y usuarios e incompleto respecto de otros ámbitos, como el medio ambiente, indebidamente ignorados. Es por ello que algunos autores¹¹⁶⁸ han abogado por una aplicación extensiva (analógica, basada en la identidad de razón) a otros ámbitos que comparten la naturaleza jurídica en tanto que no se reforme expresamente la ley. A día de hoy, dejando la LRM al margen los daños a particulares, tal extensión sigue siendo necesaria, lo cual nos llevará a formular una propuesta en consonancia en el epígrafe cuarto.

El otro supuesto de legitimación para acciones en defensa de intereses supraindividuales lo encontramos en el artículo 11 bis LEC, siguiendo esencialmente la misma estructura y regulación, por lo que no ahondamos más en su comentario¹¹⁶⁹:

b) Legitimación para la defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 11 bis):

“1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán

¹¹⁶⁸ Con énfasis y claridad: P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op. cit., pp. 203 y 209. El autor encuentra indudable el interés legítimo –cuando menos- del particular en el disfrute de un medio ambiente adecuado y, con ello, la posibilidad de solicitar tanto la cesación como la reparación de aquéllas circunstancias que lo perjudiquen, de manera autónoma y distinta a la protección de otros bienes y derechos que puedan verse perjudicados como la salud o la propiedad.

¹¹⁶⁹ Para un análisis detallado del precepto en relación al tratamiento procesal de los intereses supraindividuales, vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op. cit., pp. 234-245 y bibliografía allí citada.

también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

Existen otras previsiones en la LEC en relación a las acciones colectivas: el art. 222.3 establece que “la cosa juzgada afectará a las partes del proceso, herederos y causahabientes y también a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme al art. 11”, lo que puede relacionarse con una acción colectiva con derecho a *opt-out*, si bien no existe acuerdo en la doctrina, en especial a los efectos de cosa juzgada¹¹⁷⁰.

Una de las críticas más importantes que se ha hecho a la regulación española es que se ha descuidado la regulación y el control de la admisión a trámite para garantizar que se trata de una acción colectiva, para definir ante qué derechos o intereses nos encontramos, cuál es el concreto objeto de litigio –ya que repercutirá directamente en la preclusión de ulteriores acciones- y para garantizar que la acción puede servir a la economía procesal y mejorar el acceso a la Justicia, cuestiones que actualmente cabría revisar en la audiencia previa¹¹⁷¹ pero que la ley no define; esto es, no se prevén los requisitos

¹¹⁷⁰ Vid., D. FAIRGRIEVE & G. HOWELLS, “Collective...”, op.cit, p. 33 y bibliografía allí citada.

concretos (número de demandantes, grado de afinidad de intereses y proximidad de distintas demandas que pudiera evitar o minimizar procedimientos paralelos, etc.).

En todo caso, deberían ser criterios objetivos y preestablecidos los que podrían dar lugar a inadmitir la demanda colectiva, sin que quepa una valoración previa de admisibilidad “material” o sobre el fondo, ya que podría suponer, en primer lugar, la violación del derecho de acceso a la justicia para los demandantes si el caso es desestimado y, por otra parte, podría ser injusto si esa valoración se hace con anterioridad a la fecha en la que se termina el plazo para que otros perjudicados puedan unirse al procedimiento, ya que el veredicto favorable de admisión –no formal sino sobre el fondo de la cuestión– da ventaja a los demandantes y puede ser claramente injusto para los demandados que harían frente a un mayor número de reclamaciones. Además, en caso de que se admitiera cierta valoración –basada además de un criterios formales en ciertos indicios sobre el fondo preestablecidos–, no debería nunca tener la decisión del tribunal efectos de cosa juzgada impidiendo un litigio completo posterior.

Más allá de las previsiones de la LEC mencionadas, no existe, para el caso de daños privados derivados del daño ecológico ni para el interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente adecuado, cuando la responsabilidad es de un operador privado, una legitimación expresamente prevista para asociaciones o grupos de afectados que permitan acciones colectivas¹¹⁷².

¹¹⁷¹ Y es que la LEC no regula la posibilidad de inadmitir la demanda y tampoco establece qué puede hacer el órgano judicial ante la admisibilidad de la pretensión. L. CARBALLO PIÑERO entiende que podría plantearse la falta de capacidad de los litigantes para poner fin al procedimiento pero no deja de ser precaria la solución porque existen otros requisitos que configuran la admisibilidad de la acción colectiva. Vid., op.cit., pp. 91 - 96.

¹¹⁷² Como ya vimos, algunas sentencias sí han reconocido la legitimación de una asociación en materia de responsabilidad civil, pero en el proceso penal: vid., STS 1 de Abril de 1993, op. cit, admitió expresamente la legitimación del Fondo para la Protección de los Animales Salvajes para accionar un proceso tendente a sustanciar la responsabilidad derivada de un delito contra el medioambiente (Fundamento jurídico III); sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de Junio de 1992, también estimó la legitimación de la Asociación Ecologista de defensa de la Naturaleza para solicitar a la Administración información acerca de resoluciones relativas al almacenamiento, instalación, recogida y transporte de residuos radioactivos con el fundamento

Sin embargo, podría plantearse si es posible dar a los daños medioambientales un trato análogo al previsto para los intereses de consumidores y usuarios y para la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres ¹¹⁷³ en la jurisdicción civil sin necesidad de que intervenga la Administración, y es que no se entiende que tal materia haya sido excluida por el legislador¹¹⁷⁴.

En este sentido, nos situamos a favor de tal consideración ¹¹⁷⁵, básicamente porque tanto en lo relativo al interés supraindividual –que también existe y se identifica en su estructura y en su eventual tutela- como en lo referente a los derechos individuales homogéneos – generalmente también masivos y atomizados y por tanto necesitados de mecanismos especiales de tutela-, parece esencial para garantizar un mejor acceso a la justicia. No obstante, al contrario de lo que ocurrió en el ámbito de los consumidores¹¹⁷⁶, no existe un desarrollo sustantivo suficiente en relación al derecho a un medioambiente saludable que despeje las dudas sobre su tratamiento.

de ser una Asociación defensora de intereses generales o difusos. Vid., A. DE ORO DÍAZ, “La responsabilidad administrativa por daños ocasionados al medio ambiente en el Derecho comparado”, *Derecho y cambio social*, 1/4/2014, p.5. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/responsabilidad_por_daños_al_medio_ambiente.pdf [Consulta: 20/10/2014].

¹¹⁷³ Vid. J.A. FONTANILLA PARRA, “Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita”, *Diario La Ley*, núm. 5740, año XXIV, mayo 2003, p. 1; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ & V. MORENO CATENA, *Derecho procesal...*, op.cit., pp. 93-96.

¹¹⁷⁴ En idéntico sentido, vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Art. 11....”, op. cit., pp. 202 y 203.

¹¹⁷⁵ En este sentido, G. YANGUAS MONTEROS, *El daño...*, op.cit., p. 244 y bibliografía allí citada. La autora afirma que: “los motivos que justifican el régimen de legitimación colectiva previsto para los daños irrogados a consumidores y usuarios son aplicables, mutatis mutandi, a los daños ambientales (...).Y “(...) puede resultar conveniente una modificación legislativa que reconozca, bajo determinadas circunstancias, la legitimación activa de las asociaciones, entidades o grupos de afectados para ejercitar acciones colectivas en defensa de los intereses de los perjudicados”.

¹¹⁷⁶ En el que las normas sustantivas habían desarrollado suficientemente el fenómeno de los derechos de consumidores y usuarios mientras que las normas procesales no los tutelaban adecuadamente –hasta la reforma de la LEC introdujo la legitimación del art. 11-. Vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, op.cit., p. 189.

El derecho al medio ambiente, dicho sin precisar, ha dado lugar, por su denominación tan genérica, a diversas interpretaciones y una gran confusión sobre los intereses en él involucrados, de distinta naturaleza y por tanto tutela, como ya vimos. El eventual reconocimiento del derecho al medio ambiente saludable como un derecho de disfrute supraindividual, o en todo caso interés legítimo directamente accionable ante los tribunales, facilitaría y homogeneizaría su tutela judicial y la legitimación para acceder a ella, incluyendo tanto a particulares afectados como a asociaciones ecologistas y entidades públicas como el Ministerio Fiscal.

Otra de las cuestiones importantes en el ámbito nacional es el acceso al beneficio de asistencia jurídica gratuita por parte de las ONG ambientalistas. El proyecto de ley dejó fuera en un principio a estas organizaciones¹¹⁷⁷ siempre que no fueran de utilidad pública y demostraran insuficiencia de recursos para litigar. No obstante, la presión de los grupos ecologistas –Amigos de la Tierra, Greenpeace, WWF y SEO-Birdlife - que alegaban la vulneración del Convenio de Aarhus, provocó la reconsideración de la cuestión¹¹⁷⁸ tal y como queda patente en el debate de la totalidad del proyecto¹¹⁷⁹ con la enmienda del Grupo Popular. Habrá que ver cómo queda finalmente el texto y si el beneficio de asistencia jurídica gratuita dependerá o no de los recursos económicos en el

¹¹⁷⁷ J. VIÚDEZ, “La ley de justicia gratuita deja fuera a las organizaciones medioambientales”, *Diario El País*, 14 de marzo 2014, Vid., http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/14/actualidad/1394817090_544361.html [Consulta: 2/1/2015]. Sobre su tramitación parlamentaria y su estado actual, vid. la página web del Congreso sobre iniciativas legislativas y su tramitación: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000084*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000084*.NDOC.)) [Consulta: 2/1/2015].

¹¹⁷⁸ Vid., M. SEGURA RAMOS, “Gallardón amplía la justicia gratuita a las ONG ecologistas que aplauden la decisión”, *Efe Verde*, 29 abril 2014, disponible en: <http://www.efeverde.com/noticias/gallardon-amplia-la-justicia-gratuita-las-oeneges-ecologistas/> [Consulta 2/1/2015].

¹¹⁷⁹ Debates de totalidad de la iniciativa legislativa del Proyecto de ley de asistencia jurídica gratuita. "BOCG. Congreso de los Diputados", serie A, número 84-1, de 7 de marzo de 2014. (Número de expediente 121/000084), Año 2014 X Legislatura, Núm. 195, Presidencia Sr. D. Jesús Posada Moreno, Sesión plenaria núm. 183, celebrada el martes, 29 de abril de 2014, disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWXTDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-195.CODI.%29#\(Página17\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWXTDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-195.CODI.%29#(Página17)) [Consulta: 2/1/2015], vid. pp. 17 y ss.

caso de personas jurídicas así como si aquél también es posible en relación a los casos transnacionales o de litigación internacional que nos ocupan.

A la vista de todo lo expuesto, ¿podría colectivizarse de algún modo el mecanismo de la responsabilidad civil en materia de daños ambientales? Harán falta mecanismos procesales que lo permitan y que prevean quiénes estarán legitimados para accionar y de qué manera podrán hacerlo. Abordaremos algunas propuestas al final del capítulo, no sin antes considerar las soluciones ofrecidas a la litigación colectiva en Derecho comparado.

3.3.2. Acciones colectivas en Derecho comparado.

No son pocos los países que regulan algún tipo de acción colectiva en defensa de intereses supra-individuales¹¹⁸⁰. Portugal, los Países Bajos y los países escandinavos han sido los más adelantados en la regulación de las acciones colectivas en el ámbito europeo; si bien, en materia de daños ambientales, no podemos dejar de mencionar a países no pertenecientes a la Unión como Brasil, Colombia, México, Guatemala, Argentina o EE.UU.

Sin embargo, si bien la acumulación de acciones se recoge de alguna manera en la práctica totalidad de las legislaciones, las acciones colectivas en defensa de intereses difusos, en las que no se trata de una mera acumulación de demandas individuales sino de la defensa de un interés colectivo, no son en absoluto frecuentes, como ya vimos a propósito de los daños ecológicos. Esto es debido a la ya archimencionada visión individualista del derecho o interés¹¹⁸¹

¹¹⁸⁰ Al menos 16 países de la UE han adoptado algún tipo de acción colectiva, sin embargo, no todos permiten litigantes extranjeros y tienen todas sus matices y diferencias. Amplia información en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality...*, op.cit., *por todos*. También en: A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 624 y ss. Ver también la web dedicada a la litigación colectiva de la Universidad de Stanford, con informes de diferentes países sobre el estado de sus regulaciones en materia de acciones colectivas (advirtase que en algunos casos la información no está actualizada): <http://globalclassactions.stanford.edu/category/categories/country-reports> [Consulta: 20 noviembre 2014].

¹¹⁸¹ De manera que hace falta que exista un “perjudicado individual”, excluyendo así los daños puramente colectivos, indirectos, lo cual resulta de aplicar una regla de base individualista

y del proceso civil que tradicionalmente se ha compartido en Derecho comparado. No obstante, sí existen algunos casos paradigmáticos en este sentido, en Portugal, Brasil, Colombia¹¹⁸², Bolivia, EE.UU., Honduras, Nicaragua o Costa Rica.¹¹⁸³

A continuación abordaremos las principales características de algunos ordenamientos jurídicos de países de la UE¹¹⁸⁴ a fin de tener una idea sobre los posibles conflictos y soluciones que pueden surgir en litigios con afectados de múltiples países o en caso de que se aplique la *lex causae* a la cuestión de la legitimación, así como para poder esbozar algunos principios comunes viables que permitan en un medio plazo la armonización o uniformización de las acciones colectivas y legitimaciones en la UE, en especial respecto de los daños ambientales pero extensibles a cualquier fenómeno de daños masivos.

3.3.2.1. Acciones colectivas en los países de la Unión Europea.

El siguiente cuadro resume el panorama que desarrollaremos, por países, a continuación¹¹⁸⁵:

pensada para supuestos de base individual a daños colectivos (así en España, Grecia, Bélgica o Francia, o en Dinamarca bajo el criterio de la titularidad con los mismos efectos), vid., A. RUDA GONZÁLEZ, op.cit., pp. 614-616.

¹¹⁸² Para ver una información completa sobre las acciones populares en Colombia, incluyendo su aplicación práctica en los tribunales, vid.: M. MARTÍNEZ VERGARA Y S.H. TRUJILLO HERNÁNDEZ, *Las acciones populares en Colombia*, 2001, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis26.pdf> [Consulta: 30/9/2014].

¹¹⁸³ Honduras, Nicaragua, Costa Rica, El Salvador, Bolivia, Uruguay, Ecuador, México por ejemplo, utilizan el proceso civil para la reparación de daños ecológicos y reconocen legitimación individual. Vid., J.J. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*, PNUMA, 2012, pp. 36-42. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/pdf/La%20Responsabilidad%2012.pdf> [Consulta: 8//2014].

¹¹⁸⁴ La elección de tales países se ha hecho de acuerdo, en primer lugar, al interés que, en una primera aproximación al objeto de estudio, han provocado y, en segundo lugar, en atención a la información disponible sobre el particular y las lenguas utilizadas en las fuentes disponibles.

¹¹⁸⁵ Entre otros documentos más recientes que serán citados, vid., M. MACIEJEWSKI, *European Parliament -Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, July 2011, IP/A/IMCO/NT/2011-16, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> [Consulta: 30/10/2014]. El cuadro es de elaboración propia.

| Países con acciones colectivas reguladas de manera general | Países con acciones colectivas reguladas sólo para sectores específicos | Países sin acciones colectivas |
|---|---|--------------------------------|
| Portugal Suecia Países Bajos Dinamarca Inglaterra y Gales | Italia Bélgica Alemania España | República Checa Escocia |

3.3.2.1.1. Países con acciones colectivas reguladas de manera general.

- Portugal¹¹⁸⁶:

Las acciones están basadas en el mecanismo *opt out*, en el que el legitimado representa a todos los demás titulares del interés vulnerado, teniendo por tanto la sentencia efectos *erga omnes*, excepto frente a aquellos que hayan ejercido su derecho a no formar parte del proceso (*opt out*). Al igual que en otros países, el tribunal debe pronunciar un auto antes de conocer sobre el fondo verificando que las reclamaciones pertenecen a las materias protegidas por la ley, que la demanda está fundada suficientemente y que el que ha reclamado tiene legitimación y cumple con todos los requisitos para actuar como representante de la clase.

Si existe una indemnización, ésta se distribuirá en la medida de los daños causados de acuerdo a la responsabilidad subjetiva entre los dañados pero, la indemnización correspondiente a la violación de los intereses difusos se fija globalmente y pertenece a la comunidad ya que no puede ser individualizado (art. 22.º2 da LAP). Así, las sentencias por estos intereses

¹¹⁸⁶ Vid. al respecto, la conferencia de P. MEIRA LOURENÇO, "Experiência em ..", op.cit., *pássim*; también: I. CARINHAS DE ANDRADE & GONZÁLO CAVALHEIRO, "Portugal", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, Access to Justice... , op.cit., pp. 121-138.

difusos tendrán efectos de cosa juzgada *erga omnes* –con excepción de los que optaron por no ser parte-.

Un punto interesante es que, en caso de que se resuelvan finalmente indemnizaciones por daños a intereses individuales homogéneos a favor de miembros indeterminados, esa cantidad irá al Ministerio de Justicia, que lo custodiará por 3 años para atender posibles reclamantes. Lo no gastado, se utilizará para costear futuras reclamaciones. En el ámbito medioambiental, el uso de la acción colectiva civil podrá usarse siempre que el daño o la amenaza al medio ambiente sea causada por una persona privada o por el Estado – salvo en sus actos ejerciendo el *iure imperii*-.

A pesar de su amplia regulación en comparación a otros países europeos, su escaso uso¹¹⁸⁷ se ha atribuido en la doctrina a cuestiones económicas - al escaso presupuesto de las asociaciones y a la posibilidad de tener que asumir los costes del proceso – más que a deficiencias en su regulación¹¹⁸⁸.

- Suecia:

Hasta el año 2003, la protección de los intereses colectivos, difusos y fragmentados era residual y generalmente reconducida al control extrajudicial por organismos públicos o a tribunales especiales, entre los que destacan los *Arbetsdomstolen* (Tribunal Laboral) y *Marknadsdomstolen* (Tribunal para casos de mercado, competencia, etc.) sin que existiera una verdadera acción colectiva accionable ante un tribunal general por un miembro del grupo que no sólo permitiera un remedio preventivo sino también la reclamación por daños. Fue en el año 2003 cuando entró en vigor la Ley de Procedimientos Colectivos

¹¹⁸⁷ Dan cuenta de éste y de sus posibles motivos: I. CARINHAS DE ANDRADE & GONZALO CAVALHEIRO, *op.cit.*, pp. 134 y 135.

¹¹⁸⁸ Vid., D. FAIRGRIEVE & G. HOWELLS, “Collective redress...”, *op.cit.*, p. 22 y bibliografía allí citada.

(Lag om Grupprättegångs)¹¹⁸⁹.

En la Ley de Procedimientos Colectivos, de contenido procesal, se contemplan varios tipos de acciones colectivas, basadas en un modelo *opt in*. Se distingue, no obstante, entre una acción de grupo privada, esto es, con intereses privados en los que tanto los individuos, como sus representantes – incluidas ONG- si existen deben tener un interés directo y personal en el caso, y una acción pública o “de organización”: “The plaintiff in organization and public actions is not a member of the group. If an organization or public authority has a claim of its own and consequently is a member of the group, the action is treated as a private group action, not an organization or public action”¹¹⁹⁰.

Los legitimados para iniciar una acción colectiva y representar a un grupo, son tanto individuos concretos como organizaciones –asociaciones de consumidores o ecologistas entre cuyos objetivos sea expresa la defensa de dichos intereses¹¹⁹¹ - como autoridades gubernamentales (actualmente, la Agencia Sueca de Consumidores, *Konsumentverket*¹¹⁹², dirigida por el *Konsumentombudsmannen -Consumer Ombudsman* en su denominación anglosajona más conocida- o la Agencia Sueca de Protección Medioambiental – *Naturvårdsverket*¹¹⁹³-), pudiendo los individuos representados pero que no

¹¹⁸⁹ Ley de Procedimientos Colectivos, de 30 de mayo de 2002, *Lag om Grupprättegångs* http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-2002599-om-grupprattega_sfs-2002-599/ [Consulta: 1/9/2014].

¹¹⁹⁰ P.H. LINDBLOM, National Report: Group Litigation in Sweden, December 2007, disponible en: https://www.law.stanford.edu/sites/default/files/event/261321/media/slspublic/Sweden_National_Report.pdf [Consulta: 24/6/2014], p. 19.

¹¹⁹¹ Sin que existan otras limitaciones como la existencia de una autorización gubernamental o un determinado tamaño o tiempo de funcionamiento. Vid., C. RENFORS, “The Swedish Group Proceedings Act- Experiences of its Introduction and First Years”, *Effektiver Rechtsschutz-Die verbraucherrechtlichen Instrumente der Unterlassungsklage und der Gruppenklage*, Conferencia 24.2.2006 Wien, 2006, pp. 21-28, citado por L. CARBALLO PIÑERO, op.cit., p. 85, en relación a la legitimación para representar al grupo de individuos y asociaciones.

¹¹⁹² Más información en su web institucional: <http://www.konsumentverket.se/otherlanguages/English/> [Consulta: 2/9/2014].

¹¹⁹³ Más información en su web institucional: <http://www.naturvardsverket.se/en/> [Consulta: 2/9/2014].

son parte intervenir autónomamente si lo estiman necesario.

Asimismo, las acciones podrán ser preventivas o de reclamación de indemnización y se refiere a cualquier daño colectivo, no únicamente al ámbito de los consumidores y usuarios, si bien los ámbitos en los que están legitimadas las ONG se limitan a consumidores y medio ambiente.

Desde su entrada en vigor, ha sido principalmente usada en su modalidad privada por personas particulares, no por organizaciones, lo cual podrá cambiar en los próximos años, siendo la valoración doctrinal bastante positiva¹¹⁹⁴. Uno de los casos que más conexión guardan con nuestro objeto de estudio, es la presentación de una demanda por el grupo “Víctimas Arica KB” contra Boliden Mineral AB, subsidiaria participada al 100% por Boliden AB, 556051-4142 (Suecia), por daños a 708 personas en las que se encontraron niveles de arsénico en sangre muy superiores a los habituales, causados en Arica (Chile) como consecuencia de la no eliminación de residuos tóxicos que afectaron a la salud de las comunidades que estaban en contacto con ellos¹¹⁹⁵. Estas 708 personas transfirieron su reclamación de compensación a la asociación chilena *Servicio Asistencia Jurídica Arica Limitada*. Ésta, a su vez, junto con tres ciudadanos chilenos, formaron la sociedad Víctimas Arica KB que se presenta como parte demandante. La demanda se presentó en septiembre de 2013.

- Dinamarca:

En Dinamarca, tras la entrada en vigor en el año 2008¹¹⁹⁶ de la nueva regulación de acciones colectivas, con la Ley nº181, se introdujo una instancia

¹¹⁹⁴ Vid., P.H. LINDBLÖM, op.cit., pp. 17 y 18. El autor parece dar una visión bastante positiva de la ley de acciones grupo probando, además, minuciosamente, que ninguno de los miedos u objeciones manifestadas en el proceso de elaboración y aprobación de la ley, y que son comunes en muchos de los países de Derecho civil, no se han cumplido en absoluto con su implementación.

¹¹⁹⁵ Caso ya abordado en el capítulo II. Vid., pp. 298 y ss.

¹¹⁹⁶ Para ampliar información sobre los remedios colectivos en Dinamarca, vid., P. MØGELVANG-HANSEN (dir.), Civic Consulting, Country Report Denmark, 1/8/2008, disponible en:

previa ante el tribunal para que filtre si es viable y adecuada la acción colectiva para la reclamación de que se trate. Las acciones previstas están disponibles para cualquier reclamación civil, no necesariamente del ámbito del consumo o de la competencia, aunque se prevén específicamente las relativas a las Prácticas de marketing –como anuncios engañosos- o a los artículos 101 y 102 TFUE. Podrá ser presentada tanto por personas físicas como por asociaciones o un organismo público (la figura del “*Defensor de los consumidores*” o *Forbrugerombudsmanden*¹¹⁹⁷, principalmente). Se permite el modelo *opt out* sólo en circunstancias muy específicas¹¹⁹⁸ y, cuando es así y se trata de una acción representativa, sólo podrá ser representante un ente público. Siendo lo común el modelo *opt in*, tanto para acciones preventivas como para acciones de reclamación por daños.

- Países Bajos:

En los Países Bajos existe una acción colectiva para la defensa de intereses individuales homogéneos para la que están legitimada las asociaciones, fundaciones y ciertos organismos públicos, siempre que el interés que quiere protegerse esté entre comprendido en los objetivos de la entidad. Estas acciones se asignan con frecuencia a la asociación¹¹⁹⁹, que tendrán legitimación siempre que sean representativas y que el objeto de litigio esté comprendido entre los fines estatutarios de la organización.

El sistema de acciones colectivas neerlandés está muy desarrollado en

http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/da-country-report-final.pdf [Consulta: 20/10/2014]. También: M. MACIEJEWESKI, Overview of the existing collective redress schemes in EU Member States, Policy Department A: Economic & Scientific Policy, European Parliament, July 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> [Consulta: 20/10/2014], pp. 17 y ss.

¹¹⁹⁷ Más información en su web institucional: <http://www.consumerombudsman.dk/> [Consulta 2/9/2014].

¹¹⁹⁸ Cuando la cantidad en juego es inferior a unos 300 Euros y el modelo *opt in* se considera entonces ineficaz. Vid., : M. MACIEJEWESKI, op.cit., p. 18

¹¹⁹⁹ M. ELIANTONIO, CH. W. BACKES, R. VAN RHEE, T. SPRONKEN, A. BERLEE, Standing up for your right(s) in Europe: Locus Standi, A comparative study on legal standing before the EU and member states' courts. European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2012, p. 59.

relación a los acuerdos colectivos, que deberán ser aprobados por la Corte de Apelación de Ámsterdam (*Gerechtshof Amsterdam*). Este procedimiento, introducido por ley en 2005¹²⁰⁰, es una alternativa interesante a los litigios colectivos.

Según éste¹²⁰¹, los acuerdos deberán ser aprobados por el tribunal, lo que hace que el acuerdo sea vinculante para todos –incluso los extranjeros– excepto para los que ejercieron su derecho a no hacerlo, en base a un modelo *opt out* (aquellos podrán tramitar su caso sin que el juez que conozca se vea en absoluto vinculado por el acuerdo aprobado judicialmente). El acuerdo aprobado por el tribunal, que deberá asegurarse de que protege adecuadamente los intereses de todos los afectados –aunque no implica el reconocimiento de la responsabilidad–.

Las asociaciones, también las extranjeras siempre que tengan plena capacidad legal, están también legitimadas para representar a los perjudicados en el acuerdo, no como partes propiamente dichas sino como *applicants* o solicitantes en Derecho neerlandés. No obstante, el tribunal tiene potestad para denegar la petición si considera que las organizaciones que representan a los afectados no son suficientemente representativas del grupo total (art. 7:907(3)f BW)¹²⁰².

Este modelo neerlandés ha demostrado eficacia en la práctica¹²⁰³ y ha atraído litigación colectiva, si bien plantea numerosos interrogantes y retos al

¹²⁰⁰ *Wet collectieve afwikkeling van massaschades* (WCAM, Dutch Act on Collective Settlements, Law of 23 June 2005, Stb. 340)

¹²⁰¹ Ampliamente desarrollado en: I. TZANKOVA & H. VAN LITH, “Class actions and class settlements going global: the Netherlands”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality...*, op.cit., pp. 67-91.

¹²⁰² Vid., A. TZANKOVA, E. TJONG TJIN TAI & K. VAN DOORN, “The Netherlands”, disponible en la web del British Institute of International and Comparative Law: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/thenetherlands/thecollectivesettlement> [Consulta:9/7/2014].

¹²⁰³ Reseñable es el caso de *Converium* (Hof Amsterdam 12 november 2010, NJ 2010/683, LJN: BO3908 (*Converium*)). Más jurisprudencia al respecto disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/thenetherlands/caselaw> [Consulta: 10/7/2014].

Derecho en el ámbito de la UE, ya que la posible internacionalidad de los supuestos –incluyendo a demandantes de múltiples países– despierta interrogantes acerca de la posible dificultad para reconocer esos acuerdos en otros Estados –¿orden público violado por el modelo *opt out?*–, así como consideraciones a la hora de determinar la base de la jurisdicción internacional. En efecto, bajo el régimen del Reglamento 1215/2012, la jurisdicción dependerá de si el tribunal la fundamenta en el hecho de tener que aprobar un acuerdo o en la obligación que subyace al acuerdo. En la práctica, la *Amsterdam Court of Appeals* ha basado su jurisdicción en el artículo 6.1 Reglamento 44/2001 (ahora el 8.1) y en el art. 5.1. (ahora 7.1).

- Reino Unido

En Inglaterra y Gales existe una acción colectiva representativa para intereses individuales idénticos, pudiendo las partes ejercer su derecho a *opt-out*, una acción de grupo que pretende obtener una decisión que sirva de precedente para acuerdos extrajudiciales (con un derecho también de *opt-out*) y, por último, una acción colectiva específica para inversores, los cuales están legitimados para accionar en representación de la empresa respecto a algún error empresarial.¹²⁰⁴ En materia medioambiental el grueso de la litigación es administrativa, si bien es importante recordar que la separación entre las jurisdicciones civiles, administrativas y penales no son tan rígidas ni claras como en el sistema de Derecho continental. La legitimación para defender no sólo intereses privados sino intereses de la comunidad se reconoce tanto a ONG ecologistas, establecidas o *ad hoc*, como a grupos de individuos –que dicen representar intereses colectivos de la comunidad–, como a individuos aislados que, de igual forma, defienden intereses colectivos¹²⁰⁵.

¹²⁰⁴ M. ELIANTONIO ET AL., *Standing up....*, op.cit., p. 58.

¹²⁰⁵ Vid., M. SHERIDAN, “United Kingdom”, en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, *Access to Justice...*, op.cit., pp.139-161. Al tratarse en su mayoría los casos de procesos judiciales de revisión, no puramente civiles, ya que éstos se identificarían con los intereses individuales homogéneos pero no con los supraindividuales, no profundizamos más al respecto.

3.3.2.1.2. Países con acciones colectivas para sectores específicos.

- Francia:

En Francia, tras años de iniciativas múltiples y de gran alcance por reformar las acciones colectivas, en marzo de 2014 por fin se ha conseguido dar un paso adelante en este sentido, más allá de las acciones colectivas –en realidad, por mera acumulación de acciones individuales- existentes previas a los intentos de reforma: “*l’action d’intérêt collectif*” y “*l’action en représentation conjointe*”, que serían el equivalente en España de la “acción para la defensa de los intereses difusos” (individuos no identificados o difícilmente identificables) y la “acción para la defensa de intereses colectivos” (suma de intereses individuales identificados). Sin embargo, ambas se han utilizado poco y sus requisitos han sido restrictivamente interpretados, limitados al ámbito de la defensa de los consumidores, en todo caso.

En dichas acciones colectivas, por intereses homogéneos, las asociaciones “acreditadas” están legitimadas¹²⁰⁶. Los requisitos son haber obtenido al menos dos autorizaciones de consumidores o inversores implicados en la cuestión sin que hayan sido solicitadas de ninguna manera, habiendo sido “aprobada” para presentar una acción al tribunal. No obstante, la *Cour de Cassation* de Francia dictó sentencias a favor de ampliar la legitimación de asociaciones para proteger intereses colectivos, aunque no esté expresamente autorizada por la ley ni existan previsiones específicas en sus estatutos, de manera que puedan estar legitimadas para proteger un interés colectivo siempre que el objeto de litigio se encuentre comprendido entre los objetivos de la asociación. De esta manera permitió la legitimación de

¹²⁰⁶ También existe la posibilidad de que un sindicato actúe en representación de sus miembros según el artículo 2132. 3 del Código francés de trabajo, siempre que los intereses que el sindicato representa hayan sido afectados y siempre que la acción vaya dirigida a la salvaguarda de los intereses del grupo al que representa. Vid., M. ELIANTONIO ET AL., *Standing up...*, op.cit., p. 57.

una asociación ambientalista que solicitaba la demolición de un edificio que no había sido construido siguiendo los requisitos legales de urbanismo¹²⁰⁷.

La publicación el 17 de marzo de 2014 de la Ley de Consumidores¹²⁰⁸, supone la aprobación de las acciones colectivas, al modelo de las *class actions*, en el ordenamiento francés para el ámbito del consumo¹²⁰⁹, ya que tanto el medio ambiente como la salud quedaron fuera de esta regulación, si bien, a la vista de las propuestas planteadas¹²¹⁰ y del reciente proyecto de ley para incluir las acciones colectivas en el ámbito de la salud¹²¹¹, esto va a cambiar rápidamente. Ahora bien, la posibilidad de reclamar compensación mediante este instrumento no se extiende a cualquier tipo de daño, sino a aquéllos materiales –quedando fuera los corporales y los morales- que afecten a los consumidores, lo cual limita claramente el ámbito de aplicación de las acciones colectivas.

Se instaura así un régimen basado en el derecho a *opt in*, aunque con un componente original: las medidas de notificación a los posibles interesados

¹²⁰⁷ Resolución de la Corte de Casación, Sala Civil 3ª, 26 septiembre 2007, nº815, as. 04-20.636, disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/troisieme_chambre_civile_572/arret_n_10807.html [Consulta: 10/3/2015].

¹²⁰⁸ Vid. los artículos: C. GATEAU & A. DIALLO, “How does the new French class actions law fit in the EU framework?”, *Lexology*, 24 julio 2014, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5d60d9ff-261a-49fc-975c-363e1124c80e> [Consulta: 30/10/2014]; “Consummation : le Parlement adopte les « class actions » à la française”, *Le Monde*, 13/02/2014, disponible en: http://www.lemonde.fr/vous/article/2014/02/13/consommation-l-action-de-groupe-votee-au-parlement_4365812_3238.html [Consulta: 20/09/2014].

¹²⁰⁹ No obstante sólo estarán legitimadas las 16 asociaciones “agrées” o registradas/aprobadas en Francia como representativas.

¹²¹⁰ Por los diputados del grupo parlamentario Europe Ecologie-Les Verts, que presentaron en enero de 2014 una propuesta que abre las acciones de grupo a dichos ámbitos (medio ambiente y salud) y por el texto presentado por el grupo socialista que pretende extender dichas acciones al campo de la discriminación y lucha contra la desigualdad. Vid., F. THERIN, M. BERTOLINI ET AL, “La France rattrape enfin ses voisins européens”, *MyEurop.info*, 13/02/2014, disponible en: <http://fr.myeurop.info/2014/02/13/class-action-la-france-rattrape-europe-consommation-13150> [Consulta: 20/09/2014].

¹²¹¹ C. DERYCKE & C.H. CARON, “Presentation of the bill introducing class actions in matters relating to health”, *Hogan Lovells website*, 15/10/2014, disponible en: <http://ehoganlovells.com/rv/ff001acfd87d921ba90aec09734391b0d366cec7> [Consulta: 3/11/2014].

y potenciales miembros del grupo no se realizan hasta que el tribunal decida sobre la culpabilidad del demandado. Es entonces cuando los interesados pueden decidir si unirse o no a la acción para obtener compensación a partir de la declaración de responsabilidad del demandado. También se legitiman asociaciones representativas que deben ser aprobadas como tales por el Gobierno.

- Bélgica:

Bélgica es uno de los países que tenía un régimen más estricto de legitimación y acciones colectivas hasta que el 28 de marzo del 2014 el parlamento belga aprobó la nueva ley de acciones colectivas¹²¹² que formará parte del nuevo Código belga de Derecho Económico que verá incluido un título II en el libro XVII ("*Procédures juridictionnelles particulières*"), llamado "*De l'action en réparation collective*". La ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2014. Se limita al ámbito de la defensa de los consumidores en relación a los daños individuales sufridos por un grupo de consumidores que tengan una causa común, con el fin de reparar el perjuicio colectivo. Se basa en un mecanismo *opt in* como norma general pero permite el *opt out* en atención a las circunstancias del caso.

En cuanto a las acciones populares en defensa de un interés puramente colectivo, por regla general están prohibidas. No obstante, alguna legislación específica permite a ciertos grupos accionar para defender el interés público en materia de medio ambiente, discriminación y violencia de género, si bien estas normas son escasamente utilizadas por las limitaciones en el presupuesto y la imposibilidad de reclamar por daños (únicamente medidas preventivas y sentencias declarativas)¹²¹³. Parte de la doctrina ha llamado la atención sobre

¹²¹² Sobre la reciente ley belga sobre acciones colectivas en el ámbito de la defensa de consumidores, vid., M. A. EIZENGA & P. K. BELL, "Class actions now available in Belgium", Junio 2014, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ca5ec16d-50d4-44b8-ac51-c956b1cb8dd9> [Consulta: 30/10/2014]; también: S. RYELANDT & D. VERMEIREN, "Collective actions in Belgium", Clifford Chance Briefing note, Marzo 2014, disponible en: <http://www.lexgo.be/en/papers/2014/04/Collective%20actions%20in%20Belgium,85555.html> [Consulta: 30/10/2014].

¹²¹³ M. ELIANTONIO ET AL., *Standing up....*, op.cit., p. 60.

la importancia de ampliar la legitimación, en defensa de que sea suficiente considerar el interés general o colectivo como fundamento de la legitimación para accionar.¹²¹⁴

- Italia:

En Italia, la regulación de las acciones colectivas en vigor data del año 2009, pero se limita al ámbito de la defensa de los intereses de consumidores y usuarios¹²¹⁵. En este ámbito existen acciones colectivas por daños individuales homogéneos sufridos por consumidores o usuarios en los que una asociación acreditada de defensa de los consumidores, uno de los miembros de la clase o grupo o un comité en el que estos individuos se agrupen están legitimados para representar a los demás afectados. Se trata también de un procedimiento con varias fases, siendo la primera una resolución de “admisibilidad” por el tribunal, antes de entrar a juzgar sobre el fondo del asunto. Después se notificará a las partes para que puedan ejercer su derecho a reclamar (*opt in*). Incluye un mecanismo de conciliación y la regulación de los posibles acuerdos extrajudiciales ante organismos públicos y privados, algo que ha despertado suspicacias en cuanto a la complejidad de estas opciones.

También existe una acción administrativa¹²¹⁶ que los consumidores o usuarios pueden presentar contra organismos públicos cuando su conducta – ineficiente en el cumplimiento de sus obligaciones legales- haya dañado los intereses o derechos individuales homogéneos de una pluralidad de individuos. Sin embargo, al ser una acción del procedimiento administrativo, no la

¹²¹⁴ Vid. J.F. NEURAY, “L'amélioration de l'accès à la justice dans une perspective de défense de l'environnement” en: M. PAQUES & M. FAURE, *La protection de l'environnement au coeur du système juridique international et du droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 407-465, esp., p. 414.

¹²¹⁵ De hecho, fue el art. 140 bis del Código italiano de Consumidores el que fue modificado a tal efecto. Vid., http://www.classaction.it/index.php?option=com_content&view=article&id=124&Itemid=144 [Consulta: 20/10/2014].

¹²¹⁶ *Azione collettiva per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi* (Decreto Legislativo 20 Diciembre 2009, no. 198).

abordaremos en el marco de la litigación civil colectiva. No existe acción colectiva en el ámbito ambiental¹²¹⁷.

- Alemania:

En Alemania, uno de los países más restrictivos de la UE en relación a este tema, es posible presentar acciones colectivas pero por acumulación de demandas de individuos perfectamente identificados¹²¹⁸ (lo que en España sería por “intereses colectivos” pero no “difusos”) lo cual, en realidad, está más bien movido por evitar resoluciones contradictorias que por facilitar el acceso a la justicia mediante litigación colectiva que proteja los intereses de un grupo.

Lo más parecido a una acción colectiva es el procedimiento “test-case” previsto para las transacciones del mercado de capitales por la *Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz* (Capital Market Investors’ Model Proceeding Act),¹²¹⁹ cuya vigencia se ha ampliado hasta el 2020 con escasas modificaciones¹²²⁰. Los procedimientos iniciados bajo esta ley se basan en el derecho a *opt in* hasta que se alcanzan, al menos, diez demandantes¹²²¹.

¹²¹⁷ Sobre el acceso a la Justicia en Italia en materia medioambiental, vid.: S. NESPOR, “Italy”, en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, *Access to justice...*, op.cit., pp. 85-94, en especial, pp. 92 y ss.

¹²¹⁸ Código de procedimiento civil alemán, ZPO, sections 174, 5, 59, 60. Los mecanismos de acciones con pluralidad de partes son el “*notwendige*” y “*einfache Streitgenossenschaft*”.

¹²¹⁹ Se utiliza la traducción inglesa por su empleo en la bibliografía utilizada. En español podría traducirse como Ley modelo de procedimientos colectivos para inversores en mercados de capitales. Más información en: P. BERT, “Class Actions in Germany: KapMug Extended until 2020, Modest Change of Scope”, *Peter Bert's Blog about Litigation, Arbitration and Mediation in Germany*, 13 julio 2012, disponible en: <http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/#sthash.8txyLOYM.dpuf> [Consulta: 1/7/2014].

¹²²⁰ Uno de los autores más reconocidos en su trabajo sobre esta ley, A. HALFMEIER, valoró la reforma de insuficiente recomendando a los inversores litigar en Ámsterdam o Nueva York, con procedimientos mucho más beneficiosos. Vid., A. HALFMEIER & E. FEES, “The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG) – A European Role Model For Increasing the Efficiency of Capital Markets? Analysis and Suggestions for Reform”, 2012, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684528 [Consulta: 1/7/2014];

¹²²¹ Amplio estudio sobre el régimen de acciones colectivas en Alemania en: E. LEIN, “Focus on collective redress –Germany”, *British Institute of International and Comparative Law Website*, disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/germany/financialmarketlaw> [Consulta: 29/10/2014].

Después, los que demandan son incluidos directamente en el procedimiento colectivo siendo vinculante para ellos el resultado del procedimiento¹²²².

En relación a los daños medioambientales, existe una previsión especial en el Código de Procedimiento civil (Sec. 32^a) respecto de la responsabilidad civil los daños masivos medioambientales referida a la jurisdicción competente cuyo resultado de concentración de acciones es un prerrequisito para la posible acción colectiva. Se trata de los casos de acciones -para compensar daños – iniciadas contra el operador de una instalación de entre las enumeradas en el Anexo I de la Ley de Responsabilidad Medioambiental (*Umwelthaftungsgesetz*), que serán competencia exclusiva de los tribunales del lugar en el que se sitúe la instalación que provocó el daño, salvo que ésta se encuentre en el extranjero¹²²³.

3.3.2.1.3. Países sin regulación de acciones colectivas.

- Escocia

En Escocia no se regulan las acciones colectivas a pesar de que sí existe la posibilidad de reclamar por daños a derechos colectivos o públicos por medio de una acción popular; sin embargo, se ha considerado que la falta de precedentes no constituye base suficiente para utilizar dicho instrumento en caso de daños al medio ambiente.

- República Checa

¹²²² Nótese que el procedimiento colectivo de acuerdo que prevé la misma ley se basa en el derecho a *opt out*. Vid., E. LEIN, “Focus on...”, op.cit.

¹²²³ ÍBIDEM. También: M. DROSS, “Germany”, en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, *Access to justice...*, op.cit., pp. 65-81.

La República Checa no cuenta con acciones colectivas para reclamar compensación por daños, ni de manera general ni en un ámbito específico¹²²⁴.

De entre los países que sí contemplan de manera general o sectorial las acciones colectivas, podemos resumir su régimen en base a algunas características¹²²⁵:

| | Reg. general | Reg. Sectorial | <i>Opt in/ Opt out</i> | Legitimación de asociaciones | Aplicable a daños ambientales |
|--------------------|--------------|----------------|--|---|-------------------------------|
| Portugal | X | | <i>Opt out</i> | Sí | Sí |
| Suecia | X | | <i>Opt in</i> | Sí | Sí |
| Dinamarca | X | | <i>Opt in y opt out</i> (excepcional). | Sí | Sí |
| Países Bajos | X | | <i>Opt out</i> | Sí (también extranjeras) | Sí |
| Italia | | X | <i>Opt in</i> | Sí | No |
| Francia | | X | <i>Opt in</i> | Sí, las acreditadas en consumo | No |
| España | | X | <i>Opt in</i> ¹²²⁶ | Sí, en consumo e igualdad. | No |
| Bélgica | | X | <i>Opt in</i> (general) | Sí (consumo) | No |
| Alemania | | X | <i>Opt in</i> (judicial) y <i>opt out</i> (acuerdos) | Sí (consumo) No (inversión) No (medio ambiente) | No |
| Inglaterra y Gales | | X | <i>Opt out</i> | Sí | Sí |

Como es fácil imaginar, esta heterogeneidad normativa conducirá a tratamientos desiguales en el acceso a una tutela judicial efectiva en el seno de la UE, además de que, en ocasiones, impedirá la consolidación de acciones que tan útil es en la litigación internacional y creará situaciones de compleja

¹²²⁴EUROPEAN COMMISSION, Directorate General for Health and Consumers, “Consumer redress-Czech Republic”, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/docs/MS_fiches_Czech_Republic.pdf [Consulta: 30/10/2014].

¹²²⁵ Cuadro de elaboración propia.

¹²²⁶ Es difícil determinarlo porque propiamente no puede determinarse como se arbitra tal mecanismo en la práctica, aunque la sentencia tenga efectos de cosa juzgada entre las partes. Ahora bien, cuando las demandas se presentan por asociaciones o grupos que actúan en defensa de intereses difusos, el efecto vinculante puede afectar a personas que no demandaron pero se vieron afectadas en los derechos que recoge el artículo 11 LEC.

solución por la concurrencia de normas al respecto¹²²⁷. Esto no sólo perjudica al funcionamiento del mercado interior manteniendo asimetrías entre empresas según la domiciliación de los socios e incrementando la incertidumbre del sistema, sino también a las víctimas de daños en terceros países que no confían en los sistemas judiciales nacionales y se dirigen a tribunales europeos en razón de la conexión empresarial, viendo, según el país de domiciliación de la empresa, satisfecho o no su acceso a la justicia.

3.3.2.2. Países no pertenecientes a la UE que sí contemplan las acciones colectivas.

- Brasil

Como ya vimos, en Brasil existe, desde 1985, una Ley de acción civil pública que permite pues ejercitar acciones colectivas con un fin preventivo y de reparación de daños que sufra el grupo (derechos difusos y colectivos), con el resultado de condena a hacer o no hacer alguna cosa o a indemnizar en dinero, pero no permite un procedimiento colectivo ante los tribunales por daños a derechos individuales.

Ahora bien, esto se completa con el Código de Protección al Consumidor, de 1990, en el que se incluye un procedimiento para las acciones colectivas con daños individuales¹²²⁸ “aclarando que estas reglas de la acción colectiva sirven para resolver controversias sobre el ambiente, el combate al monopolio, por daños, impuestos y cualquier otra rama del derecho”¹²²⁹.

¹²²⁷ Algunos ejemplos sobre las posibles complicaciones en el estudio de A. NUYTS, Study on..., op.cit., pp. 56-57, en relación a los diferentes informes nacionales.

¹²²⁸ Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de defesa do consumidor)*, Título III, disponible en: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm [Consulta: 12/7/2015].

¹²²⁹ Vid., A. GIDI, Acciones de grupo..., op.cit., p. 894.

En el art. 82 del Código se legitima para demandar en representación de un grupo, en una lista exhaustiva, al Ministerio Público, a la República federativa de Brasil, a sus estados y municipios; al Distrito federal, a los órganos administrativos y a las asociaciones privadas, que podrán presentar las demandas de manera conjunta o individual. Ahora bien, las asociaciones privadas deberán tener el objeto de protección de la ley por el que litigan, por ejemplo, medio ambiente, entre los fines institucionales de sus estatutos. Los efectos de la acción “pública” serán *erga omnes*¹²³⁰ ya que la base de la legitimación es la existencia de un interés “comunitario”.

Las personas individuales, de momento –existen reformas en curso en Brasil de la ley de acción civil pública- no tienen legitimación según esta norma. Sí podrán presentar una acción popular para defender su derecho al medio ambiente para impugnar la validez de los actos de la Administración que lo vulneren, pero sólo y exclusivamente respecto de estos, no frente a operadores privados¹²³¹, en la línea de lo que se prevé en España, además de, claro está, las demandas por daños privados¹²³².

Merece la pena subrayar algunas cuestiones de las leyes brasileñas sobre las acciones colectivas: 1) El Ministerio Público es notificado en todos los casos del inicio de una acción de grupo y participará potestativamente en el procedimiento como *amicus curiae* para garantizar que los intereses de los que están ausentes estén adecuadamente representados. 2) La existencia de un fondo *ad hoc* en el que se ingresa la indemnización por los daños que se

¹²³⁰ Si la sentencia es contraria a los intereses del grupo, los derechos individuales pueden no estar implicados pero en cualquier caso sí supondrá la imposibilidad de plantear otra acción colectiva por el mismo derecho difuso debido al impedimento de la cosa juzgada. A. GIDI, Acciones colectivas..., op.cit., p. 78.

¹²³¹ Constitución brasileña, Capítulo I, artículo 5º, 72: “cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y honorarios legales”. (Traducción propia). Vid., Constitución de la República Federativa de Brasil, 5 de octubre de 1988, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [Consulta: 12/7/2015].

¹²³² Vid., sobre la jurisprudencia por daños privados causados por daños ambientales, A. RUDA GONZÁLEZ, op. cit., pp. 612 y ss.

devengue a favor del grupo y que será administrado por un comité mixto formado por empleados del gobierno y miembros de la comunidad. Los recursos de estos fondos son usados en la protección de los derechos del grupo según el objeto de protección; de manera que hay cuentas destinadas al medio ambiente, otras a los consumidores o la infancia.

- México:

México se unió en el año 2012 a los países latinoamericanos con regulación de las acciones colectivas o de grupo, otorgando legitimación a los grupos o “clases” de al menos treinta personas en los ámbitos de consumo y de medio ambiente, incluyendo las acciones para proteger intereses difusos supraindividuales y las acciones que agrupan intereses individuales homogéneos.¹²³³ El sistema mexicano prevé una certificación de los actores, de manera que el tribunal decide si existe o no legitimación para demandar como representantes, entre los individuos que forman parte del grupo, determinadas agencias de protección del consumidor, ONG y el Fiscal General. Las acciones colectivas estarán basadas, al contrario que en el sistema estadounidense, en el derecho a *opt in*.

Pese a estos ejemplos, en el ámbito latinoamericano la solución a la legitimación en el proceso por daños ambientales así como la regulación de las acciones colectivas no es uniforme. Encontramos la posibilidad de acciones colectivas por parte de asociaciones ambientalistas en El Salvador o Ecuador; la representación del interés ambiental por un ente público, como ocurre en Cuba; o, el reconocimiento pleno del interés jurídico difuso a la ciudadanía – personas físicas o jurídicas, como sucede en los casos de Bolivia¹²³⁴,

¹²³³ Para cuando existe una relación contractual previa entre los demandante y el demandado. Vid., C.A. SUGICH, “Mexico’s new class action laws”, *Lexology*, 11 Marzo 2012, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8825c9f2-d399-42ce-ae70-2eb58e0a6b1f> [Consulta: 2/11/2014].

¹²³⁴ El artículo 102.I de la Ley del Medio Ambiente de Bolivia reconoce una acción civil para los daños ambientales que podrá ser ejercitada por cualquier persona legalmente calificada como representante adecuado de los intereses de la colectividad. El juez determinará qué parte de la indemnización corresponderá a los interesados por sus propios perjuicios y qué parte a la Nación (art. 102.III). Vid., Ley n°133, del Medio Ambiente, de 27 abril de 1992, disponible en: <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=2173> [Consulta: 4/7/2015].

Colombia¹²³⁵, Costa Rica, El Salvador, Guatemala¹²³⁶, Nicaragua y Panamá¹²³⁷, o sobre la base de un demostrado interés –pero en relación a los daños ecológicos-, en Chile.¹²³⁸

IV. Propuestas y posibilidades en relación a la pluralidad de demandantes en procesos civiles por daños ambientales en supuestos de tráfico externo.

4.1. Sobre la necesidad de reformas: ¿Cuáles son los principales obstáculos y disfuncionalidades en el acceso a la justicia?

En primer lugar nos parece importante concretar por qué y en qué aspectos es necesario abordar posibles reformas en relación a los dos grandes bloques que han sido objeto de estudio en este capítulo (legitimación para la defensa de los diversos bienes, derechos e intereses vulnerados en caso de catástrofes ambientales y acciones colectivas disponibles para dar un mejor cauce procesal a los daños masivos) y también desde la doble perspectiva supraestatal y estatal, ya que ambas son esenciales en el actual estado de cosas.

Así, a lo largo de este capítulo, hemos comprobado cómo varios son los problemas que dificultan el acceso a la justicia y que, a la postre, facilitan la existencia de paraísos de responsabilidad para grandes empresas que

¹²³⁵ Vid., cit. supra., M. MARTÍNEZ VERGARA Y S.H. TRUJILLO HERNÁNDEZ, Las acciones populares en..., op. cit., *por todos*.

¹²³⁶ Sobre las acciones populares en defensa de derechos o intereses colectivos y acciones de grupo en Colombia, México y Guatemala, vid., J. OVALLE FAVELA, “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 107, 2003, pp. 587-615; L. CARBALLO PIÑERO, op. cit., pp. 24 y 25.

¹²³⁷ Vid., J.J. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, La responsabilidad..., op.cit., p. 57.

¹²³⁸ Vid. R. VALENZUELA, “Responsabilidad civil por daño ambiental (régimen vigente en Chile)” en: R. BRAÑES (coord.), Responsabilidad por daño ambiental, PNUMA, disponible en: www.pnuma.org/gobernanza/No.5LaResponsabilidadporDa%F1oAmbiental.doc [Consulta: 9/7/2014].

causaron daños a personas y ecosistemas. Señalamos los siguientes entre los más significativos:

- a) La heterogeneidad normativa y sus consecuencias: desigualdad en el acceso a la Justicia, imprevisibilidad, forum shopping, riesgo de procedimientos paralelos, diferencias en el mercado interior...

La *heterogeneidad normativa* y el distinto grado de evolución en los EE.MM. en la regulación de los instrumentos de litigación colectiva y de defensa de los intereses supraindividuales y la *ausencia de previsiones uniformes supraestatales* implica una profunda *desigualdad entre ciudadanos* en el acceso a la justicia en una cuestión tan fundamental –recordamos que para parte de la doctrina se trata de un derecho humano- como es el medio ambiente. Además, incrementa la *imprevisibilidad* y el *forum shopping* en la búsqueda de un foro beneficioso, lo cual suele favorecer –en el actual estado de cosas- a la parte con mayores medios técnicos, financieros y jurídicos a su alcance que, ni qué decir tiene, es la empresa multinacional.

En relación a la legitimación, como ésta se determina por la *lex causae* debido a la ausencia de norma supraestatal de Derecho uniforme o conflictual, dependerá de aquélla que la asociación o el particular litigante sean considerados “legitimados” pero dependerá de la ley del foro que puedan hacer uso de las acciones colectivas, siendo así que podría verse reconocida su legitimación de acuerdo a la *lex causae* pero no así la posibilidad, para una asociación, de hacer uso de una acción colectiva –por no existir ésta o porque, existiendo, sólo se permita litigar a asociaciones “representativas” en el ámbito territorial del Estado del foro-. También puede ocurrir lo contrario; esto es, que las asociaciones del Estado del foro sí estén legitimadas tanto para litigar como para entablar acción colectiva pero el Derecho

aplicable al fondo no lo permita. Esto podrá suponer que los foros disponibles para reclamar por los daños irrogados se vean reducidos para una pluralidad de demandantes en ausencia de cauces procesales adaptados a estas realidades.

Aunque en la práctica tales problemas parezcan improbables, ya que la facultad de elección de las partes (tanto en el Reglamento 864/2007 como en el 1215/2012) permitirá evitarlos en un gran número de casos, no son imposibles, y podrán dar lugar a *distorsiones*, sobre todo en caso de daños plurilocalizados con víctimas en diferentes Estados, contribuyendo también a aumentar el *riesgo de procedimientos paralelos*¹²³⁹ y de *problemas en el reconocimiento de sentencias*. Imaginemos qué ocurriría, por ejemplo, si una sentencia dictada en un Estado en el que es aplicable el Reglamento –como Países Bajos o Dinamarca- en relación a una *opt out class action* –, tuviera que ser reconocida en otro Estado miembro para el que el tipo *opt out* de acción colectiva se considerara contraria al orden público¹²⁴⁰.

Por último, la búsqueda del mejor foro no sólo afectará a las presuntas víctimas sino también a las empresas que considerarán, en sus decisiones de domiciliación o negocio¹²⁴¹,

¹²³⁹ Si no existen normas armonizadas, será probable que en supuestos de daños masivos con demandantes de pluralidad de Estados se den paralelamente acciones en distintos Estados llevados por asociaciones u organizaciones legitimados o por particulares, por lo que tendremos procedimientos paralelos contra el mismo demandado pero de distintos demandantes, situación para la cual la regla de *prior in tempore potior in iure* puede no proporcionar siempre una solución adecuada.

¹²⁴⁰ Por contradecir valores constitucionales propios de muchos países europeos como el derecho a elegir si litigar o no y, en caso de litigar, el derecho a elegir defensa, la autoridad de la cosa juzgada, etc. Vid., D. FAIRGRIEVE & G. HOWELLS, “Collective redress procedures: European debates”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality...*, op.cit., p. 34 y bibliografía allí citada. De hecho, la Comisión en la propuesta de reforma del Reglamento 44/2001 (2010) no incluyó a las acciones colectivas dentro de la propuesta de abolición del *exequátur*, probablemente por los problemas que las diferentes concepciones en el seno de la Unión podrían suponer a su eliminación.

¹²⁴¹ Un factor más de incertidumbre es la posibilidad que deja el art. 62 del Reglamento de que sea el demandante el que elija cuál es el lugar del “domicilio” de una persona jurídica entre las

las posibilidades de ser demandados colectivamente o por asociaciones especializadas que litigarán, con mayor frecuencia y eficacia que los particulares aislados perjudicados, por lo que preferirán evitar tales jurisdicciones¹²⁴² con los consecuentes impactos en las economías nacionales (la sede de multinacionales en un país comporta distintos beneficios, empezando por los fiscales). Esto incrementa las *diferencias en el mercado interior*, algo contrario a las premisas de igualdad y libre competencia que sustentan el proyecto de mercado común.

Parece evidente, en relación a la litigación por intereses colectivos que *“the existing national procedural frameworks as regards third party intervention, joinder of parties, interpleader etc. in civil litigation are insufficient for handling collective interest litigation.”*¹²⁴³

b) Las limitaciones territoriales de representatividad de las asociaciones.

Las *limitaciones territoriales de representatividad de las asociaciones* pueden resultar problemáticas en casos de daños plurilocalizados, transnacionales o transfronterizos en los que, dependiendo del país cuyos tribunales conozcan del litigio, unas asociaciones podrán litigar y otras no, pudiendo esto conllevar la ausencia de acción legal cuando las víctimas no quieren litigar solas o no pueden hacerlo, así como procedimientos paralelos.

Esto hace que, salvo que se establezcan mecanismos, como ha ocurrido en el ámbito de los consumidores, para el

opciones proporcionadas por el mismo. Esto puede llevar a que se elija para litigar un Estado con una conexión mínima con el pleito simplemente porque sí articula y permite las acciones colectivas. Vid., E. LEIN, “Cross border...”, op.cit., p. 134 y bibliografía allí citada.

¹²⁴² IBÍDEM, p. 133.

¹²⁴³ M. ELIANTONIO ET AL., Standing up..., op. cit, p. 116.

reconocimiento mutuo de las asociaciones que según el Derecho propio sean “representativas”, éstas no puedan nunca litigar extraterritorialmente en defensa de intereses supraindividuales difusos o para solicitar cese o reparación en los casos en que la ley que legitime a las asociaciones establezca ciertos requisitos vinculados bien al territorio bien al reconocimiento previo por autoridades administrativas. Y esto así porque, en casos de daños transnacionales causados por multinacionales, será imposible la concurrencia del factor territorial e improbable que *a priori* la asociación extranjera solicite su reconocimiento en el Estado –del foro- como “representativa”, por la imposibilidad de prever el lugar del daño ni el foro elegido, entre otros factores.

En España esta cuestión se plantearía exclusivamente en la solicitud de inicio de procedimiento administrativo –si se pretende la responsabilidad de un tercero- o para demandar a la Administración por acción u omisión contraria a la normativa medioambiental, pero nunca directamente frente al tercero que ha contaminado. Esto hace que, en casos de daños ambientales causados en terceros Estados por multinacionales domiciliadas en España, las asociaciones ecologistas, y más las extranjeras, tengan un escaso o nulo papel –por las vagas previsiones de la LRM respecto de tales daños y porque, en general, será infrecuente que por daños causados por multinacionales en el extranjero se pretenda demandar a la Administración española¹²⁴⁴.

c) La concurrencia de responsabilidades penales, civiles y administrativas y su fragmentación en diversos procedimientos, leyes y países.

¹²⁴⁴ Sobre este particular, en relación a su deber de vigilancia de las empresas en el cumplimiento de los derechos humanos, vid. capítulo I, *supra*.

La concurrencia de responsabilidades penales, civiles y administrativas, obliga a los sujetos perjudicados a fragmentar la realidad de los daños en diversos procedimientos, con diversas leyes e incluso en diversos Estados, lo cual contribuye, qué duda cabe, al desánimo e inacción de los eventuales demandantes y, con ello, a que *muchos daños* al medio ambiente y a otros derechos e intereses íntimamente vinculados *queden sin reparar*, debiendo hacerse cargo el Estado (esto es, todos los ciudadanos) de los costes de restauración -en el mejor de los casos-, *socializando así el coste y el riesgo de una actividad cuyo beneficio es exclusivamente privado* y, en no pocas ocasiones, destinado a cuentas de ciudadanos o empresas extranjeras.

Además, en la mayoría de los casos de daños ambientales, todo lo que no es considerado un daño privado (a un derecho subjetivo incontestable), es regulado por *regímenes de responsabilidad administrativa con escasas o nulas previsiones para los daños transnacionales* -que especialmente nos ocupan- resultando incompetente el tribunal *civil* que conozca del caso y deba aplicar una norma del Derecho del foro -por ejemplo, la LRM española- o bien el Derecho del país de verificación del daño, a menudo carente de normas que lo sancionen si se trata de un país empobrecido.

Esto abre un espacio de *no responsabilidad* para las empresas que los han provocado, un paraíso jurídico *de facto* en el que responder por los daños causados será prácticamente impensable -teniendo además en cuenta otros factores como la desigualdad de poder, la connivencia a menudo con el poder político, la corrupción, los intereses económicos que priman sobre los ambientales, la insuficiente separación de poderes del Estado en el que se verifiquen los daños, el desconocimiento y falta de conciencia de los ciudadanos que conllevan una menor presión hacia la mejora del sistema, el escaso papel mediático, etc.- Por

todo ello, los perjudicados por empresas europeas en terceros Estados verán mucho más difícil el acceso y disfrute de una tutela judicial efectiva.

d) El déficit de participación ciudadana, el desequilibrio entre las partes y sus consecuencias.

La actual configuración legal de los daños ambientales y de sus mecanismos de tutela en el marco de la UE y con escasas excepciones, es *deficitaria de participación ciudadana*, teniendo el ciudadano particular y las asociaciones ecologistas un escaso papel en el procedimiento en relación a los daños ecológicos y a los daños causados al disfrute del medio ambiente.

Así, en España, tal papel se limita a una solicitud de comienzo del procedimiento administrativo y, en el caso de las asociaciones ecologistas, además, en virtud del artículo 22 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, a la posibilidad de recurrir los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas - no a terceros privados- que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 de la misma ley, sin que, a pesar del título del artículo, pueda ser considerada tal previsión una acción popular ya que la omisión de tal posibilidad para cualquier ciudadano no se entiende de ese modo.

El incremento de la participación de los ciudadanos, vía la ampliación de la legitimación y una regulación adaptada de las acciones colectivas podría lograr el *empoderamiento de grupos de afectados*, una mejor *expresión de los intereses* de la sociedad civil, una *mejor gobernabilidad* del poder privado y un mejor *equilibrio de las partes* involucradas en este tipo de conflictos, incentivando la litigación por el mejor balance coste-beneficio, con mayor *economía y eficiencia procesal* y un mejor *cumplimiento de*

los principios de protección medioambiental que son, a la postre, los que justifican toda la normativa de desarrollo.

e) La confusión conceptual entre bienes, derechos e intereses afectados en catástrofes ambientales.

En esta línea percibimos otro gran problema en el panorama nacional: la *confusión* reinante sobre los distintos bienes, derechos e intereses – públicos, supraindividuales, individuales – concernidos frecuentemente de manera concurrente en los daños ambientales de magnitud. Esto ha conllevado la *sistemática negación de la tutela del interés supraindividual y legítimo al disfrute del medio ambiente* solo porque la titularidad colectiva o pública de los recursos naturales (bien jurídico –vs. interés-) parecía negar la posibilidad de tutela individual, confundiéndose la titularidad del bien en sí con la titularidad del interés legítimo en su disfrute, susceptible de tutela individualizable de acuerdo al actual panorama normativo.

Esta confusión ha impedido el avance en materia de acceso a la justicia en medio ambiente, ya que se ha provocado una separación rígida entre dos tipos de atentados que a menudo derivan del mismo hecho dañoso: el daño al bien jurídico medio ambiente sólo podrá ser resarcido a iniciativa real de la Administración en un procedimiento administrativo sin que particulares o asociaciones tengan más que un poder genérico de denuncia y, por otra parte, el daño a derechos subjetivos individuales (propiedad, salud), constatables y ya producidos, que podrá reclamarse por vía civil por los propios perjudicados sin que existan más posibilidades de litigación colectiva que los tradicionales mecanismos procesales –litisconsorcio, acumulación...-.

Además de la *ineficacia* que puede suponer tal separación, se quedan en un limbo jurídico los daños al interés supraindividual en el disfrute del bien jurídico medio ambiente, interés legítimo y por tanto directamente tutelable ex art. 7.3 LOPJ, sin que se reconozcan herramientas procesales suficientes para que los perjudicados puedan ver satisfecho su derecho a una tutela judicial efectiva, empezando por el acceso a la justicia.

Por todo ello, parece evidente que son necesarias algunas propuestas de mejora que, si bien necesitadas de ulterior debate, puedan servir, cuanto menos, para incentivarlo y lograr una revisión de los actuales sistemas legales que se muestran a todas luces ineficientes, sin proporcionar una justicia efectiva porque ésta suele ser imposible o, en el mejor de los casos, tardía e insuficiente a la luz de todos los casos abordados y conocidos. Esto es, no pretendemos solucionar en nuestras propuestas el debate doctrinal teórico de fondo sobre los conceptos que en este trabajo se han discutido con mayor o menor profundidad, sino atender a un objetivo práctico: ¿cómo mejorar la reparación de los daños ecológicos y personales en el marco de las catástrofes ambientales causadas por multinacionales?

Con este objetivo y a la vista de lo expuesto, el sentido común aconseja algunos cambios que allanen los obstáculos procesales, mejoren la respuesta judicial al daño y hagan efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁴⁵, en base a los principios ya expuestos de protección ambiental y, en especial respecto a este capítulo, a las recomendaciones respecto a la legitimación de ONG presentes en varios textos internacionales¹²⁴⁶ y a la inclusión expresa del

¹²⁴⁵ Numerosos autores se han hecho eco de esta opinión. En nuestro Derecho destaca especialmente: L. GOMIS CATALÁ, op.cit., p. 311;

¹²⁴⁶ Entre otros, el principio número 10 de la Declaración de Río, precisa que “deberá proporcionarse un acceso a los procedimientos judiciales y administrativos, incluido el resarcimiento de daños y perjuicios”. En el Agenda 21, se insta a los Estados a “asegurar el derecho de las organizaciones no gubernamentales a proteger el interés público a través de acciones legales” (capítulo 27, punto 13), o el art. 9 del Convenio de Aarhus sobre acceso a la justicia, cit. supra. Programa 21 es un plan de acción exhaustivo que habrá de ser adoptado universal, nacional y localmente por organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, Gobiernos y Grupos Principales de cada zona en la cual el ser humano influya en el medio ambiente. Agenda 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la

ámbito medioambiental en las propuestas relativas a los remedios colectivos de las instituciones europeas.

4.2. Propuestas de *lege ferenda* a nivel supraestatal.

A la luz de los problemas señalados y de cuantos se hayan intuido a lo largo de estas páginas, nos parece necesaria la articulación de un régimen homogéneo, basado en principios comunes a nivel europeo, en el que puedan preverse de manera adaptada respuestas procesales a estas situaciones de daños masivos a diversos intereses en materia medioambiental, aunque sin duda para ello haya que abordar cuestiones complejas y con respuestas probablemente diferentes entre los Estados miembros. Entre otras, los foros disponibles, la representatividad de las asociaciones- y su limitación territorial y material-, los conflictos de intereses entre demandantes y la posibilidad de que se separen en distintos grupos dando lugar a procesos diferentes en varios Estados, las leyes procesales de los diferentes estados y su compatibilidad con los tipos de acciones de *opt in* u *opt out* –por el hecho de que un no participante quede vinculado con la sentencia-, los efectos de cosa juzgada, la posibilidad de acuerdos extrajudiciales, etc.

Pese a los evidentes obstáculos urge el análisis y el acuerdo en esta época en la que cada vez más los daños masivos o de naturaleza supraindividual tienen protagonismo en nuestras sociedades, porque, sin duda, “collective redress can be an important tool for global governance –and a global understanding is needed for effective cross-border collective redress”¹²⁴⁷.

Ahora bien, en materia medioambiental, si ya de por sí el panorama es complejo en relación a las demandas por vulneraciones de derechos individuales homogéneos –esto es, de los derechos subjetivos individuales

Declaración de Principios para la Gestión Sostenible de los Bosques se firmaron por más de 178 países en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Información disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm> [Consulta: 5/7/2014].

¹²⁴⁷ N. E. HATZIMIHAIL, “Collective redress...”, en: A. NUYS & N. E. HATZIMIHAIL, op.cit., p. 327.

como la propiedad o la salud-, la cuestión sobre una posible armonización de las acciones colectivas para la vulneración del interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable o, más allá, la posibilidad de que el daño ecológico sea tratado en la jurisdicción civil y dé pie a acciones colectivas, es mucho más polémico e inviable a nivel supraestatal.

No obstante, será necesario llegar a reconocer tales realidades, algo para lo que quizás sea necesaria una revisión comparada de la naturaleza de los bienes, derechos e intereses involucrados, tal y como, para nuestro ordenamiento, hiciera de manera brillante P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES. Si bien tal objetivo desborda el análisis de este trabajo, no nos parece aventurado adelantar que un texto internacional que priorizara, más allá de ciertas diferencias de conceptualización y tradición, el pragmatismo en cuanto a la protección del medio ambiente mediante una aplicación efectiva del Derecho medioambiental y una participación ciudadana real y efectiva, frente al debate quizás nunca acabable sobre la exacta naturaleza de cada interés o derecho, sería un paso esencial para avanzar realmente en los objetivos de la Unión en la materia y cumplir con la más elemental obligación, universal, de proteger los recursos naturales de la Tierra.

Sin duda, la dimensión transnacional de los problemas medioambientales exige tomar medidas a nivel supraestatal para lograr respuestas verdaderamente efectivas. En este sentido, algunos de los aspectos prioritarios a abordar a nivel supraestatal serían: el reconocimiento del derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable como derecho humano en el CEDH de manera expresa y directa; el reconocimiento de la dimensión civil de los daños a tal derecho de disfrute junto con otros daños a aquél vinculados como los provocados a la salud o a la propiedad; el reconocimiento de la legitimación a asociaciones ecologistas y a particulares interesados frente a terceros privados –no sólo frente la Administración Pública-, tanto en procedimientos civiles como administrativos; la posibilidad de demandar en tribunales de países europeos a empresas domiciliadas en un Estado miembro por actos lesivos del medio ambiente verificados extraterritorialmente en Estados no pertenecientes a la Unión; el reconocimiento de las acciones

colectivas para los particulares afectados por un daño ambiental masivo –sobre este particular trataremos a continuación-, etc. En un segundo tiempo, nos parecería esencial la integración en tribunales ambientales especializados de competencias civiles, administrativas y penales que fueran capaces de abordar en su integridad y prontamente la complejidad de los daños ambientales y de los múltiples perjuicios –en naturaleza y número- que se verifican junto con aquéllos.

En relación a las acciones colectivas para la defensa de los derechos individuales homogéneos y los intereses supraindividuales lesionados, el debate doctrinal es creciente y en dirección mayoritaria hacia la regulación y la armonización. Sin embargo, ninguna iniciativa a nivel europeo ha cuajado todavía a pesar de las propuestas favorables a la armonización y del importante papel que podría jugar la EU en una cuestión en la que es vital equilibrar intereses de múltiples partes¹²⁴⁸.

Así, algunos autores sugieren una regulación extensa de los remedios colectivos en un instrumento separado al Reglamento 1215/2012 pero alineado con éste que aborde las principales cuestiones al respecto exclusivamente para las situaciones transnacionales (*cross-border situations*): legitimación de entidades cualificadas, foros disponibles, información de y a las partes, fuerza vinculante de los acuerdos y mecanismos de adopción y ratificación, mecanismos que eviten la litigación abusiva de ambas partes, etc.¹²⁴⁹. Otros proponen su inclusión en el mismo Reglamento¹²⁵⁰, ampliando la posibilidad del artículo 8.1 a múltiples demandantes y precisando la posibilidad de que el art.

¹²⁴⁸ En especial, en relación a la competencia judicial internacional pero extensible a otros puntos de la regulación: “Although, or even because, the issues of international jurisdiction and enforcement involve controversial arguments and require a balancing of different national interests, it is up to the European Union to take the lead and to use its core competence for regulating cross-border issues.” Vid. A. STADLER, resumen en: “Cross-border problems”, disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems> [Consulta 10/7/2014].

¹²⁴⁹ Vid., B. HESS, op.cit., p. 67; N. E. HATZIMIHAIL, “Collective redress...”, en: A. NUYTS & N. E. HATZIMIHAIL, op.cit., p. 325.

¹²⁵⁰ N. E. HATZIMIHAIL, “Collective redress...”, en: A. NUYTS & N. E. HATZIMIHAIL, op.cit., p. 325 y bibliografía allí citada (esp. Nota 45).

7.2 se aplique a todos los demandantes con independencia de que el foro elegido sea el del lugar de verificación del daño¹²⁵¹.

Nos inclinamos por su regulación en un instrumento separado sin perjuicio de que el Reglamento 1215/2012 sea el que regule los foros para las acciones colectivas. Y esto así, por varias razones:

1) La primera porque, si bien la regulación de los foros y su posible adaptación debiera ser regulada –en coherencia con los principios y objetivos de la UE- en vía reglamentaria, garantizando su uniformidad, los aspectos procesales que pudieran armonizar las diferentes normativas en relación a las acciones colectivas están incardinados en el proceso de uniformización del Derecho procesal en la UE que dista aún mucho de ser una realidad porque, entre otras consideraciones¹²⁵², la heterogeneidad normativa de las leyes procesales de los Estados miembros - en parte fruto de tradiciones legales distintas que representan indudablemente una riqueza-, podría permitir cierta armonización pero siempre desde el respeto a principios básicos de los ordenamientos, complicando su tratamiento en un Reglamento comunitario.

No hay que olvidar, además, que con probabilidad serán los sistemas jurídicos de los países con más peso en la UE los que se impongan, representando esto un paso más en el desequilibrio de poderes ya que, mientras las instituciones jurídicas serán conocidas para el conjunto de operadores jurídicos y ciudadanos en algunos Estados, en otros serán extrañas, en parte posiblemente incompatibles con otras normas del

¹²⁵¹ Vid., A. STADLER, “Mass Damages...”, op.cit., p. 229; A. NUYTS, “The consolidation...”, op.cit., p. 79.

¹²⁵² En primer lugar, las de índole político, pero también las implicaciones en la organización y formación del poder judicial, las diferencias importantes entre el Derecho anglosajón y los sistemas de Derecho continental, las complejas relaciones entre Derecho europeo y Derecho interno y la insuficiencia de los mecanismos de articulación, etc. Vid., A. DE LA OLIVA SANTOS y M. P. CALDERÓN CUADRADO (DIR.) ET AL, La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 70-150; M. JIMENO BULNES (COORD.), Nuevas Aportaciones al Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad, Hacia un Derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal, Comares, Granada, 2014, pp. 248-250; J. MARTÍN OSTOS (COORD.) ET AL, El Derecho procesal en el Espacio Judicial Europeo, Estudios dedicados a F. Gutiérrez-Alviz Conradi (*Liber amicorum*), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 125-150;

ordenamiento y, en cualquier caso, más difíciles de aplicar. Por ello nos parecería conveniente su regulación en una Directiva que, sin permitir una excesiva remisión a regulaciones internas –que podrían dar lugar, de nuevo, a confusiones en la aplicación e interpretación- sí diera lugar a cierta diversidad y adaptación a las distintas tradiciones jurídicas y sistemas legales de los EE.MM¹²⁵³.

2) La segunda porque los aspectos que hay que regular para dotar de coherencia y fácil aplicabilidad a la normativa de acciones colectivas abarcan muchas más cuestiones procesales que únicamente la determinación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, lo cual supondría cargar demasiado a un Reglamento que, en esencia, busca regular la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, cuestión que es sólo uno de los aspectos a tener en cuenta en la regulación de las acciones colectivas, las cuales necesitan de otras precisiones normativas para quedar suficientemente definidas y garantizar una aplicación sencilla por los operadores jurídicos.

Por todo ello, consideramos que se debe ser buscar la coordinación y la armonización más que la unificación, para lo cual el instrumento que nos parece más adecuado es una Directiva -vs. las Recomendaciones que, a nuestro juicio, al no ser vinculantes, son similares en sus efectos a la inacción de la UE en un tema, el acceso a la justicia que, concretamente en materia medioambiental, se ha comprometido a abordar y garantizar¹²⁵⁴ -. Los

¹²⁵³ Sobre el papel y el fundamento de la Directiva, vid., http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14527_es.htm [Consulta: 10/5/2015], con referencia a los arts. 288 y 289 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

¹²⁵⁴ En línea con la Opinión del CESE, que defiende la adopción de una Directiva. Vid., Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final, CESE 2013/5439, disponible en: <http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=5439&year=2013> [Consulta: 27/12/2014], vid. p. 3.3.

principales puntos que deberían abordarse en la Propuesta de Directiva¹²⁵⁵ serían los siguientes en relación a las *acciones colectivas*:

- Debería referirse, como se propone en la Recomendación, tanto a las *acciones preventivas o de cesación* como a las *compensatorias o de reparación* y dirigidas tanto a autoridades públicas como a particulares.
- La definición de daños “masivos” de la Recomendación debería precisarse ya que, en nuestra opinión, no deben ser únicamente los derivados de actividades “ilegales”, porque esto excluiría los casos de responsabilidad objetiva *por el riesgo* asumido con una actividad o, incluso, derivada del incumplimiento del deber de cuidado o diligencia debida¹²⁵⁶. Por ello, debería omitirse tal adjetivo que resulta, para el fin pretendido, innecesario y confuso.
- En cuanto a la *representatividad de las entidades* que podrían litigar en representación de los perjudicados, sería vital que los EE.MM. adoptasen el principio de reconocimiento mutuo de las asociaciones que, por vía administrativa o judicial, *ex ante* o *ad hoc*¹²⁵⁷ según el caso, sean consideradas *representativas* en sus Estados de origen. Igualmente, debería incentivarse la adopción de convenios en este

¹²⁵⁵ Propuesta de Directiva para la regulación de los remedios colectivos. En general, sería preferible una aceptación generalizada respecto de cualquier tipo de daño masivo reconocido por el Derecho de la Unión –consumidores, competencia, medio ambiente, protección de datos personales- a una aceptación para sólo algunos supuestos, no obstante, como las particularidades de cada tipo de daño e interés precisan un estudio en profundidad y ciertas adaptaciones, no abordaremos las especificidades más allá de las referidas a los daños en materia ambiental que nos ocupan.

¹²⁵⁶ De la misma opinión, vid., M. CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., op.cit., p. 20.

¹²⁵⁷ Nos parece interesante el comentario que hace el informe del EUROPEAN LAW INSTITUTE sobre los requisitos que se aplican a las entidades certificadas ad hoc. Según aquél, la formulación de las Recomendaciones (punto 6) sugiere que los requisitos establecidos en el punto 4 para otorgar el carácter representativo (no tener ánimo de lucro, demostrar una relación directa entre sus objetivos institucionales y los derechos vulnerados reconocidos en el Derecho de la UE, tener capacidad suficiente en términos financieros, humanos y jurídicos) no se aplicarían a las entidades ad hoc. Esto no quiere decir que las entidades ad hoc no deban cumplir alguno de ellos, eximiéndose del total por las circunstancias específicas del caso y siempre en aras a una buena administración de justicia. Vid., M. CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., op.cit., p. 22. Citando también a C. HODGES, The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems, Hart Publishing, 2008, pp. 70-76.

sentido con terceros Estados, especialmente con aquellos en los que empresas domiciliadas en un Estado de la Unión realizan actividades económicas que sean potencialmente peligrosas para el medio ambiente (por ejemplo, industrias extractivas, transporte y almacenamiento de desechos tóxicos, etc.).

- En el caso específico de los daños causados por la actividad de multinacionales con matrices domiciliadas en algún país de la Unión Europea, podría considerarse un nuevo criterio de proximidad para que las asociaciones o entidades que, cumpliendo con el resto de requisitos necesarios (no tener ánimo de lucro, etc.), tuvieran como objetivo –único o no- la vigilancia y denuncia de comportamientos contrarios a los derechos humanos de tales grupos empresariales, cumpliesen automáticamente el requisito de coherencia entre sus objetivos y el caso concreto –vid. *infra*- con independencia del ámbito territorial en el que se verificase el daño o la nacionalidad de las víctimas a las que representasen, siendo el vínculo central no la defensa de tal o cual derecho o bien (entre ellos, el medio ambiente), sino el comportamiento empresarial denunciado.
- La representación *ad hoc* debería ser siempre reconocida, incluso por aquellos EE.MM. que hubiesen optado por un reconocimiento previo de las entidades representativas, en línea con lo que ya establecía la Propuesta de Directiva en el acceso a la justicia en materia medioambiental presentada por la Comisión: “La ventaja de combinar estos dos procedimientos se traduce en más eficacia y flexibilidad. Algunas organizaciones de medio ambiente prefieren el reconocimiento previo, mientras que otras pueden optar por el reconocimiento *ad hoc*. Los Estados miembros pueden decidir discrecionalmente entre prever el procedimiento de reconocimiento previo o de reconocimiento *ad hoc*. Si el Estado miembro opta por el reconocimiento previo también deberá

garantizar el reconocimiento *ad hoc* rápido”¹²⁵⁸.

- Los criterios comunes para otorgar tal carácter deberían ser a nuestro juicio, similares en ambos casos y referidos a: 1) el carácter independiente y sin ánimo de lucro de la entidad; 2) su suficiente capacidad para poder defender adecuadamente sus objetivos institucionales y 3) la coherencia entre tales objetivos y el caso concreto¹²⁵⁹.
- Aunque los llamados *problemas de agencia*¹²⁶⁰ en relación a las acciones colectivas han sido ampliamente estudiados, no es así cuando el representante es una entidad sin ánimo de lucro cuya naturaleza especial requeriría un análisis diferenciado y más profundo del que hasta ahora se ha realizado¹²⁶¹. No obstante, sí podemos adelantar algunas cuestiones que deberían preverse:

1) En caso de que una entidad acreditada o considerada representativa y apta, por tanto, para representar y demandar con una acción colectiva, no quisiera hacerlo, esto no debería impedir el uso de tal mecanismo, por lo que debería permitirse siempre que la acción sea planteada por

¹²⁵⁸ COM (2003), 624 final, p.15. Esta propuesta se limitaba a los procedimientos administrativos o civiles frente a actos u omisiones de las Administraciones Públicas sin profundizar en lo relativo a los particulares. Esta cuestión quedaba así enunciada como obligación por estar recogida en la Convención de Aarhus (art. 9.3) pero, en atención al principio de subsidiariedad, se dejaba a los EE.MM. su regulación total. Consideramos que esto no debiera ser así porque la opción mayoritaria ha sido su no reconocimiento o su marginación a un mero poder de denuncia en el marco de un procedimiento administrativo, con los obstáculos que eso supone cit. *supra*, y sin que quede satisfecha la obligación contraída con la firma de la Convención de Aarhus.

¹²⁵⁹ La propuesta de Directiva también incluía la auditoría de las cuentas anuales. Parece más bien esto prueba de su independencia o solvencia, lo cual podría ser un medio para acreditar el cumplimiento de los dos primeros requisitos (independencia y ausencia de ánimo de lucro y capacidad técnica, financiera...), pero a nuestro juicio no debiera ser el único.

¹²⁶⁰ Esto es, aquellos provocados por los posibles conflictos de intereses entre el representante de un grupo que hace uso de una acción colectiva y los de los miembros del grupo, de manera que aquél puede no actuar para la mejor satisfacción de los intereses del grupo.

¹²⁶¹ Merecen especial atención, no obstante, los siguientes: W.H. VAN BOOM & G. WAGNER (eds.), *Mass Torts in Europe: Cases and Reflections*, Gruyter, 2014; D.R. HENSLER, CH. HODGES & I.N. TZANKOVA (eds.), *Class Actions in Context*, Edward Elgar Publishers, 2014 (en prensa), citados por CLOUGH QC ET AL., *Statement of the...*, op.cit., p. 24.

un grupo de perjudicados que *ad hoc* fuesen considerados aptos por el tribunal para hacerlo.

2) No debería darse la exclusividad para iniciar acciones colectivas a ningún organismo público o financiado con recursos públicos en parte o en su totalidad, ya que esto limitaría la independencia de los mismos, podría sujetar su actuación a la agenda política y perjudicar, así, el cumplimiento efectivo de los derechos que se pretenden proteger mediante la litigación colectiva¹²⁶².

- En cuanto a la “admisibilidad”, ésta debiera estar siempre basada en criterios objetivos, preestablecidos y formales, sin que quepa un “juicio anticipado” sobre el fondo de la cuestión, lo cual podría vulnerar el derecho de acceso a la justicia de los demandantes –si fuera inadmitida en base al fondo- o perjudicar injustamente a los demandados cuando tal decisión –si fuere positiva- se hiciera antes del fin del plazo para entrar a formar parte del proceso (*opt in*), ya que la estimación favorable podría animar a otros demandantes. En caso de que se permitiera, de manera excepcional y siempre basado en criterios objetivos y tasados, cierta valoración sobre el fondo, no podrá tener la resolución efectos de cosa juzgada. Es por estos argumentos que el European Law Institute (ELI), en su informe ya citado, encuentra indeseable la precisión del punto 8 de las Recomendaciones de la Comisión Europea sobre la “verificación” que parece incluir, además de la revisión del cumplimiento de los requisitos de la acción colectiva, una valoración sobre el fondo con la expresión “y casos manifiestamente infundados”¹²⁶³.
- El principio “quien pierde el litigio paga los costes del ganador” debería matizarse en el caso de las acciones planteadas por asociaciones ambientalistas. Si bien su supresión total no se encontraría justificada, sí

¹²⁶² CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., op.cit., p. 25.

¹²⁶³ Vid., Recomendaciones europeas, punto 8. Y, sobre la crítica: CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., ELI, op.cit., p. 28.

podría defenderse la posibilidad de que el juez tuviera cierto margen discrecional para decidir qué parte de los costes serían asumidos por la parte perdedora según las circunstancias de ésta y las del caso¹²⁶⁴.

- En cuanto al *foro* disponible, pese a las distintas posturas y a la ausencia de previsiones en las Recomendaciones, criticable desde nuestro punto de vista, podría remitirse a los foros del Reglamento 1215/2012, si bien admitiendo la posibilidad, en daños masivos que afectasen a varios países, de que una acción colectiva por la totalidad del daño pudiera ser juzgada no sólo ante el tribunal del domicilio del demandado sino también ante el lugar del daño, aunque éste se concretase vía el lugar de verificación del daño (sin que la teoría del mosaico deba impedirlo), siempre que la conexión fuese razonable y suficientemente previsible para el demandado –esto es, que no fuera impensable con la información disponible-. En el caso de daños ambientales transnacionales que se verificasen en Estados donde estuvieran domiciliadas filiales de la empresa o donde el grupo multinacional tuviera alguna actividad de cierta entidad y con un vínculo directo que no fuese anecdótico, tal previsibilidad habría que entenderse existente¹²⁶⁵.
- Para *evitar sentencias contradictorias o incompatibles*, debería invitarse a los EE.MM. a que sus criterios fuesen flexibles a la hora de permitir la consolidación de acciones conexas ex art. 30 del Reglamento

¹²⁶⁴ En esta línea, el Comité Económico y Social de la UE (CESE) propuso limitarlos en su Opinión sobre la Comunicación de la Comisión cit. *supra*. Texto en inglés: Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final, CESE 2013/5439, disponible en: <http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=5439&year=2013> [Consulta: 27/12/2014], vid. p. 4.9.2: “Court costs and lawyers’ fees can be an insurmountable hurdle for non-profit representative bodies, especially if they are to be saddled with crippling expert’s fees if they lose. For this reason, consideration should be given – by analogy with the labour and social law provisions in some Member States – to capping legal costs for such non-profit organisations”.

¹²⁶⁵ Las previsiones específicas respecto de los foros en acciones colectivas en materia medioambiental, habría que entenderlas en relación con las recomendaciones hechas respecto de los foros, cuando se dirijan contra multinacionales.

1215/2012, sin que fuera necesario verificar la identidad de las partes, para que se tendiera a la unificación de todos los demandantes en el mismo procedimiento. En todo caso, el sistema de intercambio de información entre partes y tribunales –en caso de que fuesen varios– debería ser ágil, accesible y seguro.

- Dejar a los EE.MM. la elección entre un sistema *opt in* y *opt out según las circunstancias de cada caso*, asegurando siempre una adecuada definición del grupo, un ejercicio fiable del derecho a litigar de cualquier afectado y la protección de los derechos de los ausentes. Podría decidirse en función del tipo de acción y representante, del valor de los daños y de la cantidad de afectados, la facilidad de la notificación, la naturaleza plurilocalizada o concentrada de los daños, etc.

La preferencia de las Recomendaciones de la Comisión por un sistema *opt in* de acciones colectivas parece debida al predominio de tal sistema en los ordenamientos estatales de los EE.MM. cuando las Recomendaciones fueron elaboradas. No obstante esta situación, a la vista del estudio realizado en Derecho comparado, no representa una situación tan mayoritaria que justifique la restricción del principio *opt out* a la excepción en países que lo han establecido de manera no excepcional (recuérdese: Portugal, Países Bajos, Dinamarca, Inglaterra, Bélgica..) y que, por otra parte, presentan una participación mucho mayor que los *opt in*¹²⁶⁶.

No obstante, las acciones *opt out*, a pesar de sus ventajas¹²⁶⁷,

¹²⁶⁶ Así lo recoge el informe del ELI, cit. *supra*, citando la Opinión en Acciones por Daños Privados del European Consumer Consultative Group (2010), según la cual: "(...) Europe's recent experience that the rate of participation in opt-in procedure for consumer claims was less than one percent, whereas under opt-out regimes, rates are typically very high (97% in the Netherlands and almost 100% in Portugal)". Vid., CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., ELI, op.cit., p. 43.

¹²⁶⁷ Nos parece muy interesante la ventaja del *sesgo de la inercia*, en relación al patrón de comportamiento humano según el cual tendemos a seguir como estamos, aunque pudiéramos cambiar o elegir otra cosa, por lo que la opción "por defecto" suele tener bastante más participación y, con ello, no sólo un mayor efecto preventivo ante los contaminadores que enfrentan mayores demandas sino también mayores probabilidades de éxito. Vid., C. R.

pueden conllevar problemas en la fase de reconocimiento de sentencias en otros países en las que éstas no se permitan ni excepcionalmente, por lo que deberán preverse mecanismos que lo aseguren, no pudiéndose invocar el orden público siempre que el proceso haya tenido todas las garantías y se hayan protegido adecuadamente los derechos de los ausentes, tanto de los que no tuvieron constancia del proceso como de los que, teniéndolo, se abstuvieron, sin que tenga para aquéllos efectos de cosa juzgada en ningún caso.

- Es esencial un buen sistema de información y notificación que permitiera llegar al número más alto posible de personas con interés en el litigio que pudieran querer unirse (o salirse, si estamos en el modelo *opt-out*) a la acción colectiva. Podría tratarse de una página web gestionada a nivel europeo en el que se albergara un registro electrónico¹²⁶⁸ de dichas acciones y un tablón de avisos, localizables fácilmente por materias, empresas o países, en los que pudiera accederse a la información completa sobre un caso y sobre los procedimientos que pretendieran iniciarse –por vía judicial o extrajudicial- en alguno de los países de la Unión o extraterritorialmente pero que afecten a alguno de aquéllos. También podrían crearse registros nacionales de acceso uniforme desde una plataforma europea, con iguales formatos, apariencias, criterios de búsqueda y herramientas (foro, plataforma de intercambio de información entre miembros de un grupo, etc.) Esta forma de comunicación tendría particular importancia en los casos transnacionales o transfronterizos.

Esto, en el marco ya del litigio y en fase de *opt in* u *opt out*,

SUNSTEIN & R. H. THALER, Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, Yale University Press, 2008, pp. 1 y 105 y ss., citado en: CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., ELLI, op.cit., p. 43. También mencionan otras ventajas como la mayor efectividad o el mayor incentivo a no dejar el grupo versus el modelo *opt-in*, en el que existirá menos interés – económico- por parte de terceros a formar parte del proceso, etc.

¹²⁶⁸ CESE 2013/5439, op. cit., vid. p. 4.6: "(...) Such a register, which could be consulted by those suffering harm throughout the European Union, would be cheap and efficient to run and would help the public and businesses to exercise their rights".

debería poder complementarse con notificaciones más específicas y dirigidas a los potenciales interesados de acuerdo a la zona, al mercado u otro denominador común que pudiera identificar al mayor número de perjudicados para que pudieran ejercitar sus derechos sin obstáculos.

- En cuanto a la *financiación de los procedimientos colectivos*, ésta podría ser única o parcialmente privada-propia, proporcionada por un tercero o de la asistencia jurídica gratuita en algunos casos¹²⁶⁹. En cuanto a la obligación que establece la Recomendación de la UE de que deba el demandante proporcionar información sobre el origen de los fondos, compartimos la precisión hecha por el ELI¹²⁷⁰ sobre la inconveniencia de que tal información sea detallada; esto es, bastaría con una declaración genérica que hiciera referencia al origen privado propio o de un tercero de los fondos, sin que fuese necesario decir de qué organismo o persona concreta derivan para evitar ventajas estratégicas para el demandado y, en caso de que así se considerase, tal información debería proporcionarse sólo al tribunal y no al demandado.

Igualmente consideramos que sería necesaria una mayor atención al aspecto de la financiación para un funcionamiento efectivo de las acciones colectivas, proponiéndose la creación de algún fondo, a nivel europeo o estatal para casos transnacionales, que pudiera nutrirse con las aportaciones derivadas de los litigantes que hayan tenido éxito – en un porcentaje-, de multas medioambientales o de aportaciones de empresas o donantes pero que, para evitar conflictos de intereses no fueran asociados a un caso concreto sino que se destinaran al fondo

¹²⁶⁹ Nos parecería interesante la extensión de la ayuda legal (partiendo de la Directiva 2002/8/CE de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, DOCE, L 26/41, que actualmente ya proporciona un marco para la ayuda económica en casos transfronterizos) para las víctimas extraterritoriales cuyos casos, de considerable relevancia, estén conectados a empresas domiciliadas en la UE y sobre los que sean competentes tribunales europeos de acuerdo al Reglamento 1215/2012, con fundamento en el art. 81.2.e del TFUE. Así lo proponen también: G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar...*, op.cit., p. 78.

¹²⁷⁰ Vid., Recomendaciones europeas, punto 8. Y, sobre la crítica: CLOUGH QC ET AL., *Statement of the...*, ELI, op.cit., p. 31.

para los casos necesitados de remedios colectivos en temas medioambientales¹²⁷¹. También nos parece especialmente interesante, como mecanismo complementario de financiación, el de micromecenazgo¹²⁷², cuya regulación a nivel europeo, desde un marco de requisitos comunes para que pudiera funcionar en casos transnacionales, parece muy conveniente.

- La regulación de los métodos alternativos de solución de conflictos, voluntarios, y supervisados por la autoridad judicial competente, siguiendo el modelo existente –con matices- en los Países Bajos¹²⁷³, tanto para acciones preventivas como compensatorias o de reparación. La supervisión judicial debería ser necesaria siempre que los derechos de los ausentes debieran ser protegidos ante los efectos de la cosa juzgada de las eventuales resoluciones; por ello, siempre que se llegase a los acuerdos en el marco de un proceso judicial, debería valorarse no sólo la legalidad del acuerdo sino también que éste fuese justo y adecuado para el caso y las partes.

Ahora bien, aunque se trate de un método alternativo de solución de conflictos que precisamente pretende eludir la intervención judicial, consideramos que ésta sigue siendo necesaria en los casos que estudiamos, no sólo por los derechos de los ausentes sino también por

¹²⁷¹ Sobre financiación de las acciones colectivas, vid., I.N. TZANKOVA, “Funding of Mass Disputes: Lessons from The Netherlands”, *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, 2012, pp.571-591; citado por: CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., ELI, op.cit., p. 33. También: R.P. MULHERON, “Cost shifting, Security for Costs and Class Actions”, en: A. NUYTS & N.E. HATZIMIHAL (eds)., op.cit., pp. 192 y ss; IBÍDEM, “Costs and funding of collective actions: realities and possibilities”, A Research Paper for submission to the European Consumers’ Organisation (BEUC), febrero 2011, pp. 1-140, disponible en: <http://www.law.qmul.ac.uk/docs/staff/departament/71112.pdf> [Consulta: 12/1/2015].

¹²⁷² Término del castellano del “crowdfunding” anglosajón, que se refiere a la financiación en masa llevada a cabo por un colectivo de personas que participan en una red para conseguir dinero u otros recursos con el fin de financiar esfuerzos e iniciativas de otras personas u organizaciones, generalmente mediante el uso de Internet.

¹²⁷³ Existe una clara posición de las instituciones europeas a favor de dicha regulación y de su promoción en los Estados miembros, vid., COMISIÓN EUROPEA, Towards a European Horizontal..., op.cit., pp. 14- 15 y bibliografía allí citada.

razón de la conexión del daño medioambiental con el interés general y su cercanía a lo público, así como por la desigualdad que existe, aun con acciones colectivas, entre una multinacional y el grupo de afectados que puede llevar a acuerdos forzosos, sin libre consentimiento o bajo engaño o amenaza y, en muchos casos, podrá dar lugar a que el pago de cantidades a las víctimas sea suficiente para desincentivar la auténtica reparación del medio ambiente. Y, si bien es cierto que el acuerdo sería nulo igualmente, sin necesidad de que lo diga ningún juez, en la práctica la conformidad de las víctimas –o de algunas, las que pretendían o tenían recursos para hacerlo- podría llevar a la inacción posterior sobre la validez del acuerdo y, si no trascendiese o no existiese, por interés o desconocimiento, iniciativa pública o privada de otro tipo, el medio ambiente quedaría sin reparar.

- En cuanto a la validez de los *daños punitivos*, pese a su prohibición en las Recomendaciones¹²⁷⁴, no existe aún consenso en la doctrina sobre si serían o no compatibles con los principios de la UE, ya que algunos países los contemplan¹²⁷⁵ y también los permiten normas europeas¹²⁷⁶. Aunque solo este tema daría lugar a un estudio amplio sobre la naturaleza de tales daños que desborda el objeto de la tesis, parece esencial que, en tanto no se determine de manera clara por parte de las instituciones europeas si son o no son contrarios a los principios del Derecho europeo, cada Estado miembro pudiera utilizarlos, en cierta

¹²⁷⁴ Vid., COMISIÓN EUROPEA, Recomendaciones..., op.cit., p. 10.

¹²⁷⁵ Especialmente, Inglaterra y Gales e Irlanda, pero también Chipre.

¹²⁷⁶ Vid., Considerando 32 del Reglamento 864/2007, que considera que, los daños punitivos excesivos pueden ser valorados como contrarios al orden público del foro, por lo que, hasta una determinada cantidad, los permite (interpretación *contrario sensu*): "(...) En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro". También encontramos otros artículos como el 18 del Reglamento UE nº 1768/95 o sentencias del TJUE en el que parece aceptarse tal posibilidad (vid. STJCE, 10 abril 1984, as. 14/83, *Sabine von Colson and Elizabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen* o STJUE, 13 de julio 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito vs. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo vs. Assitalia SpA*). Citadas por: CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., ELI, op.cit., pp. 53 y 54.

medida, si son acordes a su Derecho interno¹²⁷⁷.

- La coordinación, cuando sea necesario, entre las acciones vinculadas a los intereses públicos y las acciones colectivas privadas. Tal coordinación dependerá del Estado en cuestión, pudiendo ir desde su tramitación conjunta ante un tribunal ambiental especializado con competencias administrativas, civiles y penales, pasando por la intervención del Ministerio Fiscal en las acciones privadas hasta otros mecanismos como la intervención de ciudadanos en procedimientos administrativos, etc. Compartimos con A. GIDI, entre otros autores¹²⁷⁸, que la mejor opción para regular la legitimación frente a los intereses difusos es un sistema plural y combinado entre las legitimaciones públicas y las privadas. No obstante en materia ambiental, la posible consideración de una acción colectiva híbrida común a la UE quizás fuese un poco utópica a la vista de todo lo expuesto.
- Por último, y en relación a lo anterior, nos parece necesario que se revise el sistema de responsabilidad administrativa que se estableció con la Directiva 35/2004/CE, no sólo por su complejidad y poca utilidad práctica, desconexión con otros aspectos civiles o penales o por la falta de participación ciudadana, sino también, especialmente, porque en cuestiones transnacionales o transfronterizas las previsiones son más que insuficientes. A través del procedimiento civil sería más fácil abordar los casos transnacionales permitiendo foros de necesidad en defecto de otros foros (domicilio del demandado o foro del lugar del hecho generador del daño en países europeos), así como mecanismos más flexibles y capaces de responder a la litigación con varios elementos internacionales –por daños transnacionales- y una pluralidad de demandantes. No obstante, incluso en el proceso civil, “cross-border

¹²⁷⁷ Respecto de los daños punitivos, en particular, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Daños punitivos...", op.cit., pp. 383 - 464.

¹²⁷⁸ M. CAPPELLETI, P. PISANI, B. MOREIRA, etc. en: A. GIDI, Las acciones colectivas..., op.cit., pp. 71-72.

aggregate redress challenges the geography of the territorial state, the nature and functions of private law and the focus on individual relationships which still lies at the heart of the dominant thinking in this field”.

- Por su parte, en cuanto a los tribunales supraestatales europeos, es preciso tener en cuenta varias cuestiones. Como reconoce el informe del Comité de asuntos legales del Parlamento Europeo, acerca del acceso a la justicia en la UE, “*Standing up for your right in Europe*”, la UE viola el art. 9.2 de la Convención de Aarhus - que no diferencia entre el acceso a la justicia ante tribunales estatales y supraestatales-, al no garantizar un amplio acceso a la justicia para individuos y ONG¹²⁷⁹. Por tanto, los *tribunales supraestatales a nivel de la UE deberían conceder legitimación a las ONG* que cumpliesen los requisitos del art. 11 del Convenio de Aarhus en base a su interés legítimo en anular posibles medidas europeas con repercusiones ambientales, pudiéndose añadir un párrafo al art. 263 TFUE que permitiese que a dichas ONG se les presumiera el interés legítimo.
- Coincidiendo también con la propuesta de M. ELIANTONIO ET AL., y de la misma manera que propondremos a nivel nacional, podría considerarse la creación de un *tribunal especializado en asuntos medioambientales* vinculado al tribunal general, ex art. 257 TFUE, con competencias coincidentes con el ámbito de aplicación material de la Convención de Aarhus y ante el cual, claro está, las ONG antes descritas tendrían plena legitimación y deberían contar con asistencia jurídica gratuita –o ayudas– por el alto coste que la litigación supone¹²⁸⁰. No obstante, las distintas concepciones de los daños ambientales en los Estados miembros y su

¹²⁷⁹ Vid., M. ELIANTONIO ET AL., *Standing up....*, op.cit., p. 116

¹²⁸⁰ Entre otros: costos de conocimiento técnico y científico; de información imperfecta; de riesgo sustancial; de partes numerosas; de múltiples posibles alternativas; de pluralidad de centros de decisión; de oportunidades para efectos de naturaleza distributiva; etc. Vid. C.A. DE SALLES, *Exucução judicial en materia ambiental*, Ed. Revista de Tribunales, Sao Paulo, 1999, p. 127. Citado por D.I. PALOMO VÉLEZ, op. cit., p. 194.

diferente tratamiento normativo y procesal dificultarían llegar a un acuerdo en este sentido, si bien, quizás sería de manera supranacional el único modo –por la diversidad de intereses que pueden hacer competir a los países, industrias y lobbies- de armonizar o uniformar el tratamiento de los litigios por daños ambientales masivos en el ámbito europeo.

No cabe duda de que una iniciativa europea consistente en este ámbito, tendría una repercusión internacional más allá de la UE, en la medida en que proporcionaría un foro favorable para los demandantes, aumentaría la previsibilidad en los negocios internacionales y podría ser un modelo para legisladores de otros países para ir, poco a poco, configurando una aproximación armonizada a nivel global. Para hacerlo, es fundamental aprender no sólo de las distintas opciones que ya hemos visto dentro de la UE, sino también de fuera: Brasil, Israel, India, Chile, EE.UU, etc.

Sin embargo, ateniéndonos al panorama actual y a unas expectativas realistas, por la propia configuración de los sistemas procesales y de litigación es evidente que, por el momento, son los tribunales nacionales los que jugarán el papel protagonista en la aplicación de estas acciones colectivas en materia medioambiental, por lo que, en línea con lo señalado en las recomendaciones del ELI¹²⁸¹, consideramos esencial que tanto los EE.MM. como la UE establezcan *programas de formación* para los jueces que deban manejar casos en los que las acciones sean colectivas, con todas las diferencias que ello implica a la hora de gestionar el procedimiento. La Red Judicial Europea podría ser un buen punto de partida para compartir y armonizar información como parte del programa de formación.

Es esencial que hasta el 2017, fecha en la que se revisarán las Recomendaciones europeas, pueda llevarse a cabo un estudio más en profundidad que permita avanzar en la regulación de un instrumento procesal que será clave para la aplicación efectiva del Derecho en el siglo XXI que,

¹²⁸¹ CLOUGH QC ET AL., Statement of the..., op.cit., p. 25.

indudablemente, necesitará de la dimensión colectiva para hacer frente a los cambios que la economía y la organización social han provocado en las relaciones humanas y, por tanto, jurídicas.

4.3. A nivel nacional español, en normas de producción interna.

Dada la escasa probabilidad de que la solución llegue a corto plazo desde Europa –por la heterogeneidad que aún existe entre los EE.MM. en este sentido y por ser una cuestión en el que los intereses económicos y de grupos de presión empresariales se ven comprometidos-, y teniendo en cuenta la importancia y urgencia del desarrollo del Derecho procesal para la tutela del medio ambiente, en especial en los casos de tráfico externo que en este trabajo analizamos, sería positivo que se dieran algunos pasos a nivel nacional, sin perder de vista las recomendaciones a nivel europeo que pueden ayudar a adivinar las líneas principales de una futura regulación vinculante en la materia que se elaborase desde las instituciones de la UE.

A continuación intentamos plantear algunos caminos hacia una mejor regulación de la litigación internacional por daños ambientales transnacionales, conscientes de los obstáculos reinantes y teniendo en cuenta la insuficiencia de la actual LRM española. Ésta, pese a la *voluntas legislatoris* de establecer un sistema de responsabilidad medioambiental novedoso frente a las formas clásicas de responsabilidad, civil, penal y administrativa¹²⁸², no ha conseguido sino recurrir a los sistemas tradicionales –con una base administrativa y separando rígidamente los elementos propiamente civiles o penales-, y apenas sí contemplar breve y genéricamente los supuestos transnacionales. En orden a formular las propuestas, distinguimos, como venimos haciendo entre:

A) Los daños ecológicos¹²⁸³.

¹²⁸² Vid., Estudio de URÍA MENÉNDEZ, CARLOS DE MIGUEL (coord.), op.cit., p. 19.

¹²⁸³ El estudio del perjuicio ecológico como tal no ha pretendido ser objeto de análisis central en este trabajo pero, como ya apuntamos, su inclusión responde a la necesidad de dar una visión completa de los intereses implicados y proponer ciertos cambios en su tratamiento a la vista de

En relación a los daños ecológicos puros hemos observado varios problemas: en primer lugar, la escasa participación ciudadana del régimen de la LRM, esencialmente administrativo y con papel preeminente de la Administración, con los inconvenientes que esta exclusividad comporta y que ya han sido señalados, que se unen a su escasa aplicación y aplicabilidad práctica; en segundo lugar, la escasez de previsiones para daños transnacionales y la distorsión que este sistema de responsabilidad administrativa, esencialmente nacional y de iniciativa pública, puede generar ante daños transnacionales privados como los que nos ocupan, que sobrepasan el ámbito nacional, geográfico y jurídicamente en relación al poder –o, más bien, interés- de intervención administrativa del Estado español. Concluyendo, parece evidente que, al igual que en otros países, el régimen transpuesto de la Directiva comunitaria no está siendo eficaz¹²⁸⁴. Por todo ello, y por más razones aducidas *supra*, proponemos dos alternativas de mejora.

- *Primera alternativa:* la entrada del perjuicio ecológico en el Código Civil.

Nos parece interesante el modelo discutido en Francia y pendiente de aprobación en el Senado francés, que pretende dar entrada al perjuicio ecológico en el Código Civil y que éste y el régimen propuesto por la Ley de responsabilidad ambiental francesa (LRE, que traspone la Directiva comunitaria) sean de aplicación alternativa a elección del

las deficiencias constatadas. Y es que, si bien el estudio en profundidad desde el Derecho internacional privado, el Derecho civil, el Derecho administrativo, procesal y penal resulta a todas luces inviable y desproporcionado para una sola tesis doctoral, nos ha parecido necesario explorarlos para abordar el tema de la manera menos parcializada posible, sin que las tradicionales barreras de un área de conocimiento supongan límites a posibles regulaciones a caballo entre varias disciplinas que pudieran responder mejor a una compleja realidad que, nos parece, necesita de nuevos esquemas. No obstante, estas propuestas que a continuación se formulan requieren de un estudio más en profundidad desde el centro de nuestro sistema de Derecho civil y procesal para que su eventual tratamiento desde este cuerpo normativo sea coherente, eficaz y fácilmente aplicable por los operadores jurídicos.

¹²⁸⁴ Vid. razones y críticas al respecto en Francia en: Y. AGUILA ET AL., “Mieux réparer..”, op.cit., pp. 19-26. En España: B. SORO MATEO, “Consideraciones críticas....”, op.cit., pp. 214 y ss.

demandante¹²⁸⁵.

Esto se concretaría en nuestro ordenamiento en la inclusión de un artículo en nuestro Código Civil, en el Título XVI (De las obligaciones que se contraen sin convenio), Capítulo II (De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia), art. 1911, que se formularía de la siguiente manera: “Todo aquel que cause un daño al medio ambiente está obligado a repararlo”¹²⁸⁶.

Si bien el daño *no personal* parece extraño al esquema tradicional de responsabilidad civil, tal relación no es del todo desconocida por nuestro ordenamiento. De hecho, como ya dijimos, el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental (basado en el art. 45 CE y en la necesidad de ampliar y adaptar el art. 1902 CC), tramitado durante los últimos años de la VI Legislatura (1996-2000), que decayó con el final de ésta, proponía el establecimiento de un régimen de responsabilidad por daños al medio ambiente. Éste estaba caracterizado, a diferencia del instaurado por la LRM, básicamente como civil, mayoritariamente objetivo y limitado, en el que se concedía legitimación activa, además de a los particulares afectados, a las organizaciones sociales cuyo objeto fuese la defensa del medio ambiente para interponer acciones civiles de reparación por daños ecológicos, junto con la Administración Pública titular del bien de dominio público dañado y la Administración General del Estado, Comunidad Autónoma y Ente Local del lugar en el que se haya producido el deterioro ambiental.

¹²⁸⁵ Como bien se reconoce en el informe de Le Club de Juristes: “En réalité, la directive 2004/35 ne semble pas empêcher d’aller plus loin sur le terrain du droit commun”. Vid., *IBÍDEM*, p. 25.

¹²⁸⁶ En la propuesta de Le Club de Juristes, *op.cit.*, se enuncia así: Article 1382-1: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à l’environnement un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”. (...) A propósito, se afirma: “Il ne serait pas absurde en ce début de XXIème siècle, l’heure où la préservation de l’environnement est devenue l’une des grandes exigences de notre temps, de compléter le code civil pour y inscrire le principe de l’engagement de la responsabilité quasi-délictuelle en cas d’atteinte à l’environnement”. Vid., Y. AGUILA ET AL., “Mieux réparer..”, *op.cit.*, p. 39.

Una vez reconocida esta obligación de manera clara, lo cual sería el primer paso, deberían definirse, entre otras, las cuestiones siguientes:

- a) El *tipo de responsabilidad* –objetiva o subjetiva-, que debería estar sujeto al tipo de actividad desarrollada, al riesgo o a otras cuestiones de política legislativa. Nos inclinamos por una responsabilidad objetiva en actividades económicas que conllevan *per se* un riesgo ambiental (en línea con el principio “quien contamina paga”. Éstas deberán determinarse por ley de manera expresa. En cambio, por una responsabilidad subjetiva, con presunciones *iuris tantum* que favorezcan la prueba de la culpa o negligencia, para el resto.

- b) La *modalidad de reparación*, con prioridad absoluta para la reparación primaria o *in natura*, que implica que los recursos naturales y los servicios que éstos prestan vuelvan a su estado inicial, previo al daño, o se aproximen de manera significativa, restituyendo “directamente los recursos naturales y servicios a su estado básico de forma acelerada, o bien mediante la recuperación natural”¹²⁸⁷. En caso de que ésta no sea posible, deberá optarse por una reparación por efecto análogo o equivalente, para “proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios—inclusive, si procede, en un paraje alternativo—similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada”¹²⁸⁸.

Por último, debería contemplarse la reparación

¹²⁸⁷ Vid, Directiva 2004/35/CE, anexo II, punto 1.

¹²⁸⁸ IBÍDEM, anexo II, punto 1.1.2.

compensatoria, para compensar la pérdida temporal tanto en el primer caso como en el segundo, que “se efectuará con el fin de compensar la pérdida provisional de recursos naturales y servicios durante la recuperación, para lo que se harán mejoras adicionales a las especies y hábitats naturales protegidos o a las aguas, ya sea en el paraje dañado o en un paraje alternativo”¹²⁸⁹.

- c) Tomando como modelo lo dispuesto en el ordenamiento brasileño y en la misma línea que la propuesta francesa, proponemos el establecimiento de una alternativa a la reparación *in natura*: el establecimiento de una cantidad pecuniaria equivalente (*dommages et intérêts*) que será destinada, bien por la misma asociación que demande –previa presentación de un plan de afectación de la suma reclamada al proyecto medioambiental- bien por el gestor de un *fondo de protección medioambiental*¹²⁹⁰, a las acciones reparadoras y a financiar planes de rehabilitación medioambiental, con prioridad de la zona afectada o próxima geográficamente. Esto podría, en primer lugar, facilitar la ejecución de la sentencia y garantizar una acción más coherente e integrada, así como aprovechar el conocimiento técnico de los posibles

¹²⁸⁹ IBÍDEM, anexo II, punto 1.1.3.

¹²⁹⁰ Existen fondos actualmente pero que se constituyen *ex ante* con aportaciones de las empresas que realizan actividades de riesgo, ante la eventualidad del daño. Por ejemplo: el “Superfund” estadounidense, creado por la Comprehensive Environmental Response and Liability Act de 1980, para hacer frente a emergencias y limpieza de suelos contaminados por el depósito incontrolado de residuos tóxicos o peligrosos y que se financia con las aportaciones obligatorias de las industrias potencialmente contaminantes; algunos en Suecia y Alemania para la restauración de tierras contaminadas; en Francia para las indemnizaciones por la contaminación acústica de los aeropuertos o para los daños piscícolas gestionado por l’ONEMA (Office national de l’eau et des milieux aquatiques creada por la Ley del 30 de diciembre de 2006), más el generalista que se incluye en la propuesta ya citada; en los Países Bajos para luchar contra la contaminación atmosférica (según el Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental elaborado por la COMISIÓN EUROPEA, COM (2000) 66 final). Sobre los fondos de compensación vid. DE MIGUEL PERALES, La responsabilidad..., op.cit., pp. 260 y ss.

gestores¹²⁹¹.

Podrán elaborarse criterios para su gasto, de manera que se dé prioridad, por ejemplo, al área territorial afectada para que se consiga, de la mejor manera posible, recuperar las condiciones del medio previas al daño. Su actuación estará sujeta a revisión administrativa y cualquier ciudadano podrá pedir información del estado de la reparación y de la adjudicación del presupuesto, de acuerdo a las leyes. Será preceptivo informe previo al primer gasto con el plan de acción ambiental que va a llevarse a cabo, que se hará público y permitirá alegaciones según lo dispuesto en la ley.

- d) La legitimación podría limitarse a asociaciones ecologistas¹²⁹² junto con el Ministerio Fiscal, las colectividades territoriales y administraciones públicas –central, autonómicas y locales-, si bien consideramos que, una vez superada la reticencia a que un daño no personal entre a formar parte del régimen de responsabilidad civil, no existen argumentos de peso para que

¹²⁹¹ Caben múltiples modelos de gestión. Podría encargarse a un organismo administrativo de manera exclusiva o de manera colegiada, con una composición mixta formada por dos miembros de ONG ambientales representativas, con rotación, la ONG o persona jurídica que promueva la acción, *ad hoc*, que tendrá voto de calidad (esto podría ser optativo según las características de la ONG y de la reparación) y dos miembros de un organismo público específico de medio ambiente (uno estatal y otro autonómico, según corresponda). De entre los órganos estatales ya existentes, nos parecería quizás el más adecuado para tal función el Consejo Asesor de Medio Ambiente (CAMA), porque su composición, competencias y funcionamiento hacen de éste órgano consultivo “un verdadero foro institucional de participación de las organizaciones y entidades más representativas de intereses sociales y ambientales en la elaboración de la normativa básica y en las políticas ambientales promovidas por el Estado”. Vid., <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funciones-estructura/organizacion-organismos/otros-organismos-organizaciones/consejo-asesor-de-medio-ambiente-cama/default.aspx> [Consulta: 3/1/2015]. De entre los autonómicos, para el caso concreto de Andalucía, la Agencia del Medio Ambiente y Agua, <http://www.agenciamedioambienteyagua.es> [Consulta: 3/1/2015].

¹²⁹² Por su papel de vigilancia, de representación de intereses sociales en línea con sus objetivos institucionales, su carácter independiente, su capacidad técnica, etc. Para que esta legitimación se reconociera en el proceso civil no respecto de sus propios intereses sino respecto del daño ecológico puro, sería necesario el reconocimiento de esta legitimación *ex lege* –distinta a la que abordaremos en relación al interés supraindividual colectivo o difuso-, para lo que podría servir de base la obligación asumida por la Convención de Aarhus y otros principios de protección medioambiental integrados en nuestro ordenamiento por textos supranacionales y nacionales.

se niegue la legitimación del individuo que tenga interés legítimo en la cuestión¹²⁹³. Ahora bien, la propia lógica del balance coste-beneficio hará poco probable que un ciudadano litigue cuando no existe un perjuicio personal. No obstante, la posibilidad teórica, con el fundamento de responsabilidad que aquí se plantea, no parece conveniente negarla. No obstante, debe procurarse la unidad de la acción civil medioambiental.

- e) La carga de la prueba para acreditar la relación de causalidad – que debiera ser facilitada, a nuestro juicio, por presunciones¹²⁹⁴–, porque la complejidad técnica y el coste de las comprobaciones suficientes pueden resultar sin duda inaccesibles a las ONG ecologistas que demanden por perjuicios ambientales y también en caso de que se planteara la legitimación del individuo para éstos.

- *Segunda alternativa*: la inclusión de la acción popular para los daños ecológicos.

Ante la previsible dificultad para que el daño ecológico forme parte de nuestro Código Civil, sí nos parece impostergable que se reconozca una auténtica *acción popular* en relación a los daños ecológicos puros, de tal manera que cualquier ciudadano¹²⁹⁵ –aunque no

¹²⁹³ Orientativa podría ser la enumeración que de “interesados” hace la Directiva de Responsabilidad Medioambiental 2004/35/CE: “Se incluyen en el concepto así entendido de persona las organizaciones no gubernamentales que promuevan la protección del medio ambiente, los vecinos, los observadores de las aves, los viandantes, los pescadores recreativos, las personas cuya salud corra riesgos debido a los contaminantes y los responsables de los niños o las personas de edad avanzada cuya salud corra tales riesgos”.

¹²⁹⁴ Ya abordado en el capítulo I. En relación a esto, la STJUE de 9 de marzo de 2010, as. *Raffinerie Méditerranée*, nº C-378/08 et C-380/08, establece la posibilidad de que indicios plausibles sirvan a la presunción del nexo causal: “(...) por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes encontradas y las componentes utilizadas por el referido operador en el marco de sus actividades”.

¹²⁹⁵ Siempre con previa notificación a la autoridad administrativa competente y al Ministerio Fiscal, para evitar los efectos perniciosos de la legitimación exclusiva del Estado en este tipo

sea afectado directo-, cualquier asociación u organismo público y el Ministerio Fiscal estén legitimados para solicitar la cesación, prohibición de actividad potencialmente lesiva o la reparación de los daños ecológicos dentro de los cauces que proponen las leyes y dentro del ámbito de responsabilidad administrativa que hasta el momento regula la cuestión en nuestro ordenamiento.

Esto implicaría una auténtica participación ciudadana y el mejor cumplimiento de las obligaciones contraídas con la ratificación de la Convención de Aarhus. Nos parece positivo que la participación ciudadana no sea la de detentar un mero poder de solicitar el inicio del procedimiento ya que “la legitimación de la persona es una respuesta positiva que refuerza los canales institucionales en torno a un valor común: la ley”¹²⁹⁶.

Igualmente esencial parece que esta participación popular no se limite exclusivamente a las acciones frente a la Administración, sino que pueda extenderse a terceros, de manera directa o de manera subsidiaria si la Administración no actúa en un plazo de tiempo razonable que no impida el acceso a una pronta tutela judicial, uno de los requisitos para que ésta sea en verdad efectiva.

B) Los daños al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable y los daños a los derechos subjetivos individuales colaterales al daño ecológico¹²⁹⁷.

de procedimientos.

¹²⁹⁶ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, op.cit., p. 184. Se ha objetado el riesgo de litigación abusiva, frente a lo cual ya hemos argumentado, sobre la base de que un posible efecto indeseable –y evitable en gran medida- no debe justificar la negación de un derecho legítimo y deseable.

¹²⁹⁷ Son abordados conjuntamente porque las previsiones acerca de las acciones disponibles y su legitimación estarían regulados, tal y como viene haciéndose en otras materias como consumidores o igualdad de géneros, en el mismo precepto, sin perjuicio de que se formulen las pertinentes diferencias y se desarrollen particularidades de ambos tipos de daños. Nótese que en el Proyecto de Ley de Reforma de la LEC aprobado en Consejo de Ministros el pasado 15 de febrero de 2015, actualmente en el Senado, no modifica el art. 11. Vid., sobre la reforma:

En primer lugar, es esencial el reconocimiento expreso de la tutela del interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable (art. 45 CE) en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no se entiende su exclusión del artículo 11 LEC¹²⁹⁸. Podría ocupar un hipotético *artículo 11 ter*, con la formulación siguiente:

Art. 11 ter LEC: Legitimación para la defensa de intereses supraindividuales y derechos afectados por daños medioambientales.

- 1. Junto con la legitimación individual de los perjudicados para defender en juicio su interés legítimo supraindividual al disfrute de un medio ambiente saludable así como otros derechos e intereses individuales homogéneos que pudieran haber sido lesionados, las asociaciones ecologistas legalmente constituidas estarán legitimadas ordinariamente para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la propia asociación en tanto que sus fines estatutarios guarden relación directa con el objeto del litigio.*
- 2. Cuando los perjudicados por los hechos dañosos¹²⁹⁹ sean un grupo de personas cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de los intereses supraindividuales colectivos y derechos individuales homogéneos lesionados corresponde, además de a los propios perjudicados, a las asociaciones ecologistas y a las entidades*

Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Senado, nº556, 6 de julio de 2015, Proyecto de Ley 621/000142, BOCG D 10 556/3716, pp. 55 y ss., disponible: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_556_3716.PDF [Consulta: 10/7/2015].

¹²⁹⁸ Además no hay que olvidar que tampoco quedan cubiertos por la LRM.

¹²⁹⁹ Se prefiere su expresión en plural al singular que actualmente recoge el art. 11 de la LEC para evitar que, en caso de daños conectados causalmente de manera suficiente y con similar contenido pero diferidos temporalmente o espacialmente, estos puedan excluirse de una acción colectiva debiéndose tramitar de forma separada. Así, quedan incluidos todos los daños derivados de un hecho, actividad o negocio con suficiente conexión causal entre ellos, si bien ya la jurisprudencia ha optado por una interpretación extensiva del “hecho dañoso” siempre que la conexión se estime suficiente.

legalmente constituidas –ad hoc o con carácter previo- que tengan por objeto la defensa o protección de tales intereses medioambientales.

3. *Cuando los perjudicados por los hechos dañosos sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses supraindividuales difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones ecologistas que, conforme a la Ley, sean representativas y de acreditada solvencia.*

4. *En caso de daños transnacionales estarán legitimadas tanto las asociaciones españolas cuyo ámbito de actuación material y geográfico comprenda el objeto del litigio como las asociaciones extranjeras con vinculación directa al mismo, por su proximidad territorial o material, siempre que su solvencia quede acreditada.*

5. *El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses medioambientales*¹³⁰⁰.

Es fundamental establecer claramente la legitimación individual de los *particulares* –personas físicas o jurídicas- afectados por daños al medio ambiente, tanto en sus derechos subjetivos individuales como en su interés legítimo supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable, que merece idéntica protección a los primeros con una legitimación ordinaria. Y

¹³⁰⁰ Si bien el papel del Ministerio Fiscal no es típico en el Derecho civil –aunque cada vez es más frecuente en Derecho comparado, vid. Código Modelo de Procedimientos Colectivos para Iberoamérica, op.cit-, sí es posible su intervención ya que parte del proceso civil por daños ambientales sería no dispositivo por una cierta publicación de los derechos que no se deja al libre juego entre los particulares. Esto ocurre igual en otras situaciones contempladas por nuestro Derecho por lo que el Ministerio Fiscal encuentra fundamento a su intervención en base a la función que le es atribuida constitucionalmente de procurar la satisfacción del interés social (ex artículo 124 CE). Como las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal abarcan todos los órdenes jurisdiccionales, no sería ajeno a su regulación la previsión de intervención en el orden civil o administrativo si las leyes así lo previeran en caso de daños ambientales en lo concerniente a las responsabilidades derivadas de índole civil o administrativa. Tal y como se señala en la misma web, el Fiscal de Sala de la Sección de lo Civil “destaca la conveniencia de tender hacia una intervención potestativa del Ministerio Fiscal en muchas materias del orden civil, permitiendo al mismo valorar si los intereses en conflicto justifican su actuación, pero siempre haciendo uso de los correspondientes mecanismos de coordinación con los que cuenta la Institución”. En España existe la figura de un fiscal especialista ambiental que podría encargarse de tales funciones, con una legitimación que sería, en todo caso, concurrente.

esto, que resultaría redundante a la vista del derecho del art. 24 CE en consonancia con el art. 45 CE y art. 7.3 LOPJ¹³⁰¹, no es baladí habida cuenta del debate y de la confusión que respecto al medio ambiente -y a los bienes, derechos e intereses que engloba aquél- existe y que ya hemos abordado a lo largo de este trabajo.

Esta previsión garantizaría el acceso a la justicia de los particulares a nivel formal pero no hay que olvidar que el balance coste-beneficio – dificultades económicas, jurídicas, técnicas, psicológicas, etc.- y el riesgo asociado al proceso ante la frecuente atomización de los daños hará improbable que tal derecho sea empleado por particulares. Si bien el empleo de acciones colectivas coadyuva a que grupos de afectados decidan litigar conjuntamente, parece probable que tales obstáculos sigan inclinando la balanza hacia la inacción a nivel particular. Hay que precisar, no obstante, que para que se trate de una acción colectiva cuando litigan los afectados de manera individual no basta con que el objeto de la pretendida tutela sea un interés supraindividual, sino que será necesario que haya al menos dos demandantes o uno en representación de varios, ya que si no estaríamos ante una acción civil individual, acumulable o no a otras pretensiones. Volveremos sobre las acciones colectivas más adelante.

En cuanto a las asociaciones, éstas deberán ser siempre sin ánimo de lucro, guardar una relación directa entre sus objetivos y el objeto del litigio, tener suficiente capacidad técnica, jurídica y económica para hacer frente al proceso¹³⁰². Cuando se trate de daños transnacionales difusos, deberá

¹³⁰¹ Así lo recoge parte de la doctrina en materia de consumidores y usuarios, vid., P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Artículo 11...”, op.cit., p. 207. También: L. GOMIS CATALÁ, Responsabilidad..., op. cit., p. 339. La autora pone en relación el artículo 45.1 CE con el 24.1 CE, que protege la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos. Entre estos últimos hay que encontrar incluido el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y el deber de conservarlo. Por tanto, si ese derecho es de “todos”, “todos” deberían poder ejercer su defensa procesal ergo estar legitimados para ello. L. GOMIS CATALÁ, Responsabilidad..., op. cit., p. 339. Incluso para los que defendían que solo es posible accionar en base a un derecho subjetivo, y siguiendo con la argumentación para el caso suizo de A.S. DUPONT, en nuestro Derecho podemos encontrar también algunos ejemplos en los que el “interés suficiente” necesario para accionar se concede con independencia del derecho subjetivo, como para instar la nulidad del matrimonio (art. 74 Cc). A. S. DUPONT, op. cit., p. 223 y ss.

reconocerse como legitimada cualquier asociación que, cumpliendo estos requisitos, esté acreditada o sea considerada representativa en cualquier Estado miembro, en base al principio de reconocimiento mutuo. Para incrementar la seguridad jurídica y agilizar la determinación de la legitimación podría considerarse la obligación de los Estados de publicar listas actualizadas anualmente de estas asociaciones que, en cada uno de los ámbitos de litigación colectiva que se contemplen –medio ambiente, consumidores, competencia, etc.-, son consideradas suficientemente representativas para litigar según los requisitos de cada Estado miembro.

En cuanto a asociaciones de terceros Estados no miembros de la UE, si el daño se produjo en dichos Estados pero fueron causados por empresas multinacionales con sede en países europeos, podrían litigar tanto asociaciones españolas o de otro país de la UE que fuesen representativas y, además, su ámbito de actuación –material y geográfico- abarcase el del caso concreto. Además, podrían litigar asociaciones extranjeras de terceros Estados siempre que en su país estén legalmente constituidas, su fin social guarde proximidad material y geográfica con el objeto de litigio y acrediten medios técnicos, jurídicos y financieros suficientes, decidiendo por tanto el juez en base a estos datos. Se evita que sea necesario que “estén acreditadas” en el país de origen para que un formalismo que en muchas ocasiones no podrá probarse–porque no exista en el país tal calificación jurídica o ni siquiera el mecanismo procesal para la defensa de intereses difusos- no impida que, cumpliéndose los requisitos materiales exigidos, puedan representar adecuadamente los intereses de los particulares afectados.

Igualmente, permitiría el planteamiento de acciones colectivas, de manera análoga al ámbito de defensa de los consumidores o de la igualdad de géneros, tanto para la defensa del interés supraindividual como para la defensa de los intereses individuales homogéneos; esto es, para la tutela de los derechos individuales lesionados de manera colateral al perjuicio ecológico,

¹³⁰² No ahondamos más en la representatividad y características de estas asociaciones porque el análisis formulado a propósito del ordenamiento español en materia de consumidores es aplicable a esta propuesta, con los matices aquí mismo contemplados.

porque una tutela conjunta mejoraría el acceso a la justicia y su eficiencia y eficacia. Así, tales pretensiones podrían acumularse, llevando la primera de ellas a la reparación efectiva del bien –idéntica o por efecto análogo- y, para el tiempo transcurrido de no disfrute, en su caso, a la indemnización por los daños morales irrogados y, la segunda de ellas, al resarcimiento.

Ahora bien, la regulación de los términos en que las acciones colectivas podrían desarrollarse, debería incluir varios puntos esenciales alineados con las recomendaciones que formulamos para la regulación a nivel europeo. Deben referirse, por tanto, a las acciones para la adopción de *medidas preventivas* –de cese o prohibición de la actividad dañosa o peligrosa- y a *las acciones de reparación*. Ésta será, para el caso de los intereses individuales, *in natura* o, de no ser posible la exacta vuelta a su estado original, la reparación por *efecto análogo o equivalente* sin que quepa una indemnización apropiable por el o los litigantes, sin perjuicio de la que pueda derivarse de los daños morales sufridos durante el tiempo de no disfrute. En relación a los derechos individuales homogéneos lesionados, la tutela será la tradicional, tanto preventiva como compensatoria, abarcando por tanto la compensación pecuniaria, en atención a la gravedad y naturaleza de los derechos concretos lesionados –salud, propiedad,...- y su repercusión en el daño colectivo y ecológico.

Podría considerarse el mecanismo de *opt in* como norma general, pudiéndose no obstante plantear el de *opt out*¹³⁰³ si la situación lo justifica. En cuanto a la autoridad de la cosa juzgada, los mecanismos de publicidad y notificación a los posibles interesados, la posibilidad de acuerdo¹³⁰⁴, deberían ir

¹³⁰³ La doctrina española se encuentra dividida en este sentido como reflejan M. REQUEJO Y M. OTERO, “Collective redress in Spain...”, op.cit., p. 313 y bibliografía allí citada. A nivel europeo, si bien existen desacuerdos –y casos en los que el mecanismo establecido es de *opt out*, como Portugal, Bulgaria o los Países Bajos-, prima la visión del mecanismo de *opt in* como único posible para la posible unificación de la normativa de acciones colectivas, en consonancia con el art. 6 CEDH, vid. infra.

¹³⁰⁴ No existe provisión expresa acerca de los acuerdos colectivos. Según algunos autores, aunque serían teóricamente posibles, la falta de regulación conlleva muchas dificultades en la práctica. Vid., F. GASCÓN INCHAUSTI, Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas, Civitas, Madrid, 2010, p.93.

en línea, en todo caso, con las recomendaciones europeas expuestas *supra*, para evitar ulteriores modificaciones en caso de que un reglamento o directiva llegara a aprobarse en el medio plazo respecto de las acciones colectivas.

Otro factor a tener en cuenta sería el *derecho a la asistencia jurídica gratuita* en el marco del acceso a la justicia, para que el coste no sea un impedimento pero que tampoco se creen incentivos para la litigación abusiva y sin indicios suficientes. Por ello, y pese que en la reforma de la Ley española de asistencia jurídica gratuita que se encuentra actualmente pendiente del informe de la Comisión de Justicia¹³⁰⁵ sí se reconoce tal derecho con independencia de los medios económicos, consideramos que sería quizás más afortunado, en el marco del proceso civil que proponemos, un beneficio no siempre total; esto es, que en todos los casos, de acuerdo a los medios económicos disponibles, se afronte una parte de los costes para que la variable del riesgo siga influyendo en los condicionantes de litigación pero nunca sea el factor económico un impedimento.

Lo cierto es que no se entiende la exclusión del interés al disfrute de un medio ambiente saludable de entre los intereses supraindividuales cuya tutela regula al LEC siendo una cuestión de suma importancia para la calidad de vida de todos los ciudadanos y de las generaciones futuras. El desarrollo industrial, la globalización y los cambios que ésta ha implicado, retan al Derecho a configurar tutelas para intereses jurídicos que trascienden del individuo y cuya protección es esencial para el desarrollo de nuestras sociedades.

Como bien indicó ya en el año 1976 J. ALMAGRO NOSETE, “al socaire de este proceso histórico nacen y se desarrollan ondas de nuevos y distintos intereses en los que aparecen implicados sectores comunitarios sucesivamente más amplios. Estos intereses emergentes de naturaleza colectiva, pues pertenecen

¹³⁰⁵ Sobre su tramitación parlamentaria y su estado actual, vid. la página web del Congreso sobre iniciativas legislativas y su tramitación: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000084*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000084*.NDOC.)) [Consulta: 2/1/2015]. Cuestión abordada *supra*.

a todos y cada uno, son llamados también intereses difusos, lo que parece argüir una inaprensibilidad para su posible tutela jurídica. y, sin embargo, una sociedad que no encuentre los mecanismos jurídicos que permiten la defensa de estos intereses, parece que labora su autodestrucción”¹³⁰⁶.

Podemos resumir por tanto el panorama *deseable* en la siguiente tabla, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales y administrativas en las que se pueda incurrir de forma paralela¹³⁰⁷:

| | Bien, derecho o interés jurídico | Daño | Legitimados | Tutela |
|---|--|--|--|--|
| Medio ambiente per se | Bien jurídico cuya protección es de interés general y público. | Daño ecológico puro a los recursos naturales (no personal) | <ul style="list-style-type: none"> - Administración y Ministerio Fiscal. - ONG ecologistas. - Individuos con interés ----- - Acción popular. | <ul style="list-style-type: none"> - Preventiva: cesación, prohibición... - Reparación <i>in natura</i> - Reparación por efecto análogo equivalente y medidas compensatorias –no apropiables-. - Creación de fondos para la gestión de las reparaciones. |
| Derecho de disfrute a un medio ambiente adecuado | Interés legítimo supraindividual (art. 11 ter LEC) | Daño a un interés supra-individual: -Será difuso si los perjudicados no están identificados. -Será colectivo si sí lo están. | <ul style="list-style-type: none"> - Toda persona física o jurídica perjudicada. - ONG ecologistas en representación de sus propios intereses, de los intereses colectivos. - ONG ecologistas “representativas” para intereses difusos. - Grupos de afectados, representados por uno o varios. - Ministerio Fiscal. | <ul style="list-style-type: none"> - Preventiva - Reparación <i>in natura</i> - Reparación por efecto análogo). - ¿Daños morales por el tiempo de negación del disfrute? - Posibilidad de tutela mediante <i>acciones colectivas</i> (de manera acumulada a las de derechos individuales homogéneos o no) |
| Derechos subjetivos vinculados (propiedad, salud...) | Derechos subjetivos individuales de uso y disfrute excluyente | Daño a derechos subjetivos individuales | <ul style="list-style-type: none"> - Toda persona que sufra el daño de manera personal. | <ul style="list-style-type: none"> - Todas las tutelas previstas para la protección de derechos frente a daños derivados de responsabilidad extracontractual en el ordenamiento civil. - Posibilidad de tutela mediante <i>acciones colectivas</i> (de manera acumulada o no). |

¹³⁰⁶ J. ALMAGRO NOSETE, “Nuevos Horizontes del Derecho a la Justicia”, Discurso de apertura del Curso 76-77 en la UNED, publicado en Acto de Apertura Curso 76-77, Ministerio de Educación y Ciencia, UNED, y recogido en: Consideraciones de Derecho Procesal, Librería Boch, Barcelona, 1984, pp. 133-149.

¹³⁰⁷ Tabla de elaboración propia.

C) ¿Tribunales ambientales? Hacia un sistema integral de Derecho ambiental.

Por último cabe señalar que, si algo se pone claramente de manifiesto con los daños ambientales, es su complejidad técnica y jurídica, su naturaleza híbrida público-privada, colectiva-individual, la interrelación y confluencia de intereses variados y, junto con esto, el carácter crecientemente internacional de los supuestos y su cada vez mayor visibilidad jurídica (por la creciente conciencia ambiental, por el activismo de las ONG facilitada por la asistencia jurídica gratuita y por los progresivos reconocimientos jurídicos que hacen más accesible su tutela).

Todos estos elementos, junto con el volumen de casos –que dependiendo del ámbito competencial y territorial que se contemple podría ser suficiente–, podrían llevar a considerar la necesidad de crear un tribunal ambiental, dependiente del Poder Judicial y que tuviera competencias administrativas, civiles y, en el caso más completo posible, penales¹³⁰⁸. Los tribunales ambientales no son un fenómeno aislado¹³⁰⁹: en el año 2009 ya contaban con él –con matices y diferencias– 41 Estados¹³¹⁰, entre los que podemos mencionar Suecia, Chile, Australia, Nueva Zelanda, Brasil, Costa Rica, EE.UU. (especialmente en Vermont, con jurisdicción civil, administrativa y

¹³⁰⁸ A favor de que los tribunales ambientales reúnan “the widest range of enforcement tolos and remedies and the greatest ability to actually solve the environmental problems beyond the courtroom”, y, con ello, competencias civiles, administrativas y penales, G. PRING & C. PRING, *Greening Justice, Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals, The Access Initiative*, World Resource Institute, 2009, p. 79.

¹³⁰⁹ Además, existe una valoración mayoritaria positiva en aquellos países en los que existe. Vid., ASIAN DEVELOPMENT BANK, *Green benches: what can the People's Republic of China learn from environmental courts of other countries?*, 2009, p. vii. También, acerca de las múltiples ventajas, como la eficiencia, la reducción de costes, el conocimiento técnico medioambiental, la consistencia en la interpretación y aplicación de las leyes ambientales, la mejora del acceso a la justicia por una legitimación amplia y flexible, la naturaleza híbrida administrativa-civil-penal que permite una aproximación integral y “creative sentencing”, la participación pública, la “accountability” de los organismos públicos, etc. vid. G. PRING & C. PRING, “Specialized environmental..”, *op.cit.*, pp. 5-7.

¹³¹⁰ Según el detallado e interesante estudio de: G. PRING & C. PRING, *Greening Justice...*, *op.cit.*, p. xii.

penal), etc¹³¹¹. Otros países tienen salas ambientales en tribunales ordinarios, como Países Bajos, Finlandia, Tailandia, etc.

En Suecia, por ejemplo, el tribunal ambiental¹³¹² tiene competencias civiles y administrativas y ha sido valorado muy positivamente, por su credibilidad, su aceptación por parte de la industria, ONG ecologistas y sociedad civil, por su posibilidad de adoptar un enfoque holístico, técnico y especializado –con adaptación de reglas procesales- al problema ambiental, por evitar las dos instancias (administrativa y después judicial), etc. Están legitimados para accionar tanto los individuos afectados como grupos, ONG y la administración pública, considerándose que “an open and user-friendly hearing is one example of good environmental governance that give access to justice”¹³¹³.

Sin duda, estas experiencias y las razones aducidas, que permitirían tener una visión integral del problema ambiental y responder de una manera más adecuada –en la realidad, no sobre el papel de una resolución judicial- a los retos ambientales de este siglo, aconsejarían ir pensando en la autonomía de una jurisdicción –o tribunal, dependiendo en especial de alguna de las existentes, pero con competencias de otras jurisdicciones-, específicamente pensada para aplicar el Derecho ambiental, superando dicotomías y dogmatismos que no encajan con una realidad tan compleja, interconectada y plural. Porque, como hemos visto, los intereses individuales, colectivos y públicos que confluyen en supuestos de daños ambientales son “trois fenêtres différentes au travers desquelles on observe un même objet (...), trois manières différentes d’envisager la réalisation d’un but final qui est en dernière analyse la

¹³¹¹ Sobre Chile y su tribunal ambiental, así como los de Australia, Costa Rica o EE.UU., vid., C. BURDYSHAW, “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *Justicia ambiental*, Diciembre 2012, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2272097> [Consulta: 8/7/2014].

¹³¹² En realidad cinco tribunales ambientales regionales (Tribunales Territoriales y del Medioambiente o *Sveriges Domstolar*) y un Tribunal Medioambiental de Apelación, *Svea hovrätt*, de ámbito nacional. Vid. en relación al caso sueco, U. BJÄLAS, “Experience of Sweden’s Environmental Courts”, *Journal of Court Innovation*, 2010, pp. 177-184.

¹³¹³ IBÍDEM, p. 184.

réalisation du plus grand bien-être possible pour un maximum des membres de la société (...)"¹³¹⁴.

Sin embargo, la posibilidad de que los daños personales y los daños ecológicos sean ventilados en el mismo procedimiento parece hoy muy lejana si tenemos en cuenta la Ley de responsabilidad ambiental (que excluye expresamente los daños privados) y, por otra parte, la negativa de considerar que un individuo o grupo pueda reclamar ante un juez civil por daños ecológicos, tanto en la jurisdicción contenciosa como en la civil. Esta dicotomía – que es mayor si añadimos la vertiente penal y la administrativa, todas ellas con frecuencia concurrentes ante un mismo hecho- implica cuanto menos un doble ejercicio de la acción reparadora ante la jurisdicción civil y la Administración, todo ello *gravoso para el perjudicado y disfuncional*¹³¹⁵.

Y es que, aunque suene desalentador, han existido numerosas propuestas en la dirección de garantizar la protección procesal del derecho a un medio ambiente adecuado mediante instituciones que permitan la acción colectiva y la legitimación de ONG ecologistas y, bajo determinados presupuestos, de individuos concretos, pero ninguna ha sido considerada. El sentido común, la ética y la más elemental racionalidad, que ven más allá que el dogmatismo jurídico abstracto y “encerrado en sí mismo”, lo aconsejan. Como afirmó M. CAPPELLETI, “Nous assistons à présent au déclin d'une conception individualiste du procès et de la justice. Tous les principes et les structures qui étaient enracinés dans cette conception, apparaissent insuffisants pour donner une solution acceptable au problème de la protection nécessaire qu'il faut assurer aux nouveaux intérêts «diffus» et «collectifs», devenus vitaux pour la société moderne”¹³¹⁶.

Sin embargo, pese a las numerosas propuestas y análisis doctrinales, pese a la experiencia exitosa de otros países y pese a la urgente necesidad de

¹³¹⁴ A.S. DUPONT, op.cit., p. 52.

¹³¹⁵ F. JORDANO FRAGA, La responsabilidad..., op.cit., p. 432.

¹³¹⁶ “La protection d'intérêts collectifs...”, op.cit., p. 596.

atender de la manera más amplia y más eficaz posible los problemas ambientales *ex post* –ni qué decir tiene *ex ante*–... el legislador no acaba de ver claro esta ampliación de la legitimación y de los instrumentos procesales que permitirían una mayor participación en el acceso a la justicia y una aplicación del Derecho medioambiental más efectiva y funcional. Esperemos que los cambios en Derecho comparado y la necesidad de armonización, nos empujen en esa dirección.

CONCLUSIONES

1. Fruto de la **globalización**, las empresas de grupos transnacionales **deslocalizan** con frecuencia actividades peligrosas para minimizar el coste y, así, maximizar el beneficio. A veces tales actividades pueden provocar daños ambientales catastróficos en esos países en los que, con frecuencia (porque es precisamente uno de los motivos por los que se externaliza allí la actividad), las víctimas encuentran serias **dificultades para obtener tutela judicial efectiva**. Éstas pueden ser debidas a muchos factores: las débiles instituciones del país en el que se causó el daño, la falta de independencia del poder judicial y las reticencias a castigar a empresas que son responsables de grandes inversiones en el país, la corrupción, la falta de desarrollo de mecanismos procesales –por ejemplo, las acciones colectivas, la legitimación de ONG o la inexistencia de asistencia jurídica gratuita- para hacer viable un proceso justo y equilibrado, la falta de previsiones normativas sobre la responsabilidad de las sociedades del grupo por los daños ambientales, etc.
2. Ante esta realidad, y teniendo en cuenta que los daños son causados por sociedades de grupos transnacionales que tienen vinculación directa con otros Estados, la **posibilidad de que las víctimas puedan litigar en el extranjero** parece **esencial** no sólo para garantizar su derecho humano de acceso a la justicia sino también para reparar, en lo posible, los recursos naturales dañados y los perjuicios personales colaterales. La interconexión del medio ambiente, el flujo y la localización de los riesgos y beneficios –que debería vincularse al de la responsabilidad por los daños derivados de las actividades riesgosas-, los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y empresas (de las Naciones Unidas) o en medio ambiente, así como un principio ético y de sentido común básico que imponen la apertura de vías alternativas para la reparación de tales daños y la responsabilización de las sociedades por los daños causados, exigen al jurista la búsqueda de otras soluciones distintas a la de la litigación en el país del daño cuando ésta no ofrezca respuestas satisfactorias.

3. En la búsqueda de un país en el que litigar porque existan mejores expectativas de reparación, parece que en el supuesto de hecho que nos planteamos, sin contar con el de verificación del daño, el más conectado es el del **lugar de domicilio de la empresa matriz del grupo societario** que se beneficiaba de la actividad que dio lugar al daño. Ahora bien, ¿existe un foro razonable –esto es, que no sea exorbitante- que se fundamente en una conexión suficiente? Para responder a esta pregunta inicial ha sido necesario, por una parte, profundizar en las estructuras societarias y en la imputación de la responsabilidad intra-grupos, para analizar hasta qué punto podemos hablar de conexión entre el daño asociado directamente a la filial extranjera y la actuación de la matriz sí domiciliada en la UE; y, por otra, el estudio de la determinación de la autoridad competente en el sistema español de Derecho internacional privado y en Derecho comparado en el seno de la UE.

4. Tras este estudio, concluimos que **sí existe una conexión razonable** entre el foro de domicilio de la matriz y el caso de daños transnacionales causados por empresas del grupo siempre que exista una relación de dependencia o dirección unitaria entre la sociedad directamente vinculada al daño y la domiciliada en el otro Estado que permita fundamentar cierta conexión del lugar del tribunal (en el que se tomó la decisión que causó el daño) con el caso y conexión con el mercado europeo. A falta de normas que establezcan la responsabilidad de la matriz (ya sea objetiva, por falta de diligencia o incluso como garante del pago de las deudas de sus filiales), probar la vinculación de la matriz con el daño puede convertirse en una tarea imposible y tal dificultad pone en jaque, también, el fundamento de un foro razonable en ausencia de conexiones.

5. Analizando el sistema actual de determinación de la autoridad competente en España y en otros países de la UE, percibimos obstáculos considerables para que la víctima de un daño extraterritorial pueda litigar en el seno de la UE demandado a filial y a matriz. Veámoslo para cada una de las normas de determinación de la competencia, dependiendo del tipo de daño, del lugar del daño y de la domiciliación del demandado, principalmente.

❖ **Sobre las normas de determinación de la autoridad competente.**

6. En relación a las **normas supraestatales convencionales** que determinan la competencia judicial internacional en materia de daños ambientales en el sistema español de Derecho internacional privado, se han estudiado dos específicas en materia de **daños nucleares** y **daños causados a las aguas del mar por hidrocarburos**. En relación a nuestro supuesto de hecho, destacamos, respecto de ésta, la escasa certitud por la pluralidad de normas de competencia concurrentes aplicables y por su complejidad, la insuficiencia del régimen de responsabilidad y las dificultades prácticas que en ocasiones llevarán a los demandantes a litigar en países que no sean parte de los convenios y no limiten las compensaciones. En cuanto a la primera, si bien permite la concentración de acciones e incrementa la previsibilidad sobre el tribunal competente, se han detectado numerosas deficiencias y vacíos que pueden inclinar a las víctimas a acudir a tribunales ordinarios bajo el régimen general cuando les sea posible.

7. En ausencia de normas supraestatales convencionales, el instrumento supraestatal institucional por excelencia, que se aplicará en estos supuestos en el ámbito de la UE, es el **Reglamento 1215/2012**. Éste exige en la mayoría de los supuestos y, en concreto, siempre en nuestro caso, la **domiciliación del demandado en el territorio de la UE**. Tras el estudio de cada uno de los foros del Reglamento que pueden vincularse a nuestro supuesto de daños ambientales (art. 4 y 7.2, fundamentalmente) percibimos dificultades que serán mayores o menores según la estrategia procesal elegida:

7.1. **Demandar a matriz y filial:** ¿cómo demandar a la filial directamente vinculada al caso? En general, como la filial no estará domiciliada en el territorio de la UE, no será posible reconocer la competencia judicial internacional en base a los foros del Reglamento (sí respecto a la matriz, empezando por el foro del art. 4), por lo que habrá que **acudir a los foros de competencia residual** del Estado miembro en cuestión ante cuyos tribunales se presentara la demanda. **Siendo imposible utilizar el levantamiento del velo ex art. 4** para atraerse la competencia sobre la filial no domiciliada y sin que el foro por conexidad procesal del art. 8.1 ni el

art. 7.2 para responsabilidad extracontractual puedan aplicarse a no domiciliados, **la solución dependerá del Derecho de producción interna** en cada caso. Tras un estudio de los distintos foros de competencia residual para nuestro supuesto de hecho en diferentes países de la UE, constatamos una **heterogeneidad** evidente que puede arrojar resultados muy variados según el país, con las consecuentes distorsiones económicas y trato jurídico desigual tanto a sociedades como a posibles víctimas.

7.2. **Demandar sólo a la filial:** ¿cuál sería la conexión con el Estado del foro? Aparentemente ninguna, por lo que esta posibilidad estaría abocada al fracaso salvo que se fundamentase según normas de competencia residual de los Estados Miembros que no exijan ese vínculo, generalmente considerados exorbitantes (y esto puede conllevar problemas en el reconocimiento). Por ejemplo, el foro de necesidad de los Países Bajos para cuya apreciación no es necesaria la existencia de una conexión razonable.

7.3. **Demandar sólo a la matriz:** como el daño no está directamente vinculado con ésta, y al no existir normas específicas de responsabilidad de la matriz -aunque sea ésta la sociedad capitalizada y capaz de hacer frente a la reclamación-, nos encontraremos con grandes problemas de prueba para acreditar la legitimación pasiva material y la responsabilidad de la matriz por los daños: demostrar la vinculación societaria, su control o dirección sobre la filial, su participación en el daño por acción u omisión, etc. Esto, sin normas que equilibren la carga de la prueba o establezcan una suerte de responsabilidad objetiva en determinados supuestos, ya sea como garante del pago o como responsable directa, es una opción de escasas expectativas de éxito para las víctimas.

8. En relación al régimen institucional, si bien la **valoración general** que la doctrina hace del régimen establecido por el Reglamento 1215/2012 y por su precedente inmediato es **bastante positiva**, proponemos, en atención a las problemáticas percibidas, una **serie de modificaciones para el Reglamento 1215/2012** que no deben, en ningún caso, mermar o negar las posibilidades de acceso a la justicia

que ofrezcan los foros de competencia residual cuando éstos, en defecto de norma supraestatal aplicable, resulten los indicados para fijar la competencia judicial internacional, siempre que no sean contrarios a los principios de Derecho internacional. No hay que olvidar que los foros de competencia judicial internacional deberán aplicarse con independencia del orden jurisdiccional competente en cada Estado miembro. Esto es, que la interpretación de lo que es materia extracontractual en daños ambientales será autónoma y sistemática, teniendo en especial en cuenta el Reglamento 864/2007.

9. Sobre la **posibilidad de que un Estado miembro de la UE pudiera juzgar un caso de daños ambientales extraterritoriales respecto de dos codemandados**, matriz y filial, la principal **reticencia** planteada –además del innegable obstáculo de agenda política- ha sido el hecho de que no exista una **conexión suficiente con el Estado de la UE**, resultando ser éste exorbitante.

9.1. Nuestra reflexión apunta en sentido contrario a tal afirmación ya que, ¿es realmente una conexión *mínima* con un Estado el hecho de que su mercado -una sociedad domiciliada en dicho Estado o que tiene en él su sede de operaciones- reciba la práctica totalidad de los beneficios de una actividad empresarial cuyo desarrollo, en algún lugar, ha dado lugar a los daños medioambientales? ¿No es propio de la jurisdicción de un Estado regular su mercado, concepto que, sin lugar a discusión, no se circunscribe en la actualidad a su territorio, más cuando hablamos de la actividad de empresas multinacionales? ¿Y no tienen ciertamente los hechos una conexión clara no sólo con el mercado y el riesgo-beneficio de la actividad dañosa sino también con la filial directamente vinculada al daño? ¿No parecen más eficientes, a nivel global, las audiencias conjuntas? ¿Debe un país europeo en el que se domicilia la matriz de una multinacional permitir que el deber de diligencia sobre sus filiales –que urge sea reconocido- no sea garantizado con el mismo rigor con independencia de la ubicación de las mismas cuando lo que están en juego son bienes jurídicos de tal importancia, más cuando su propio mercado -y empresas- se benefician directamente de su actividad extraterritorial? ¿Podemos permitir -en base a los valores y principios de nuestro ordenamiento, de la comunidad

internacional y según una elemental noción de justicia- que se haga en otro Estado lo que no haríamos en el nuestro y recibir sólo los beneficios -no los costes- de dicha actividad? ¿No debería estar el enfoque de los derechos que incluso se defienden extraterritorialmente- para los nacionales o domiciliados en la UE- acompañado de un enfoque de deberes? Aun existiendo otro país con vinculación más estrecha con el caso, y dada la desigualdad abismal e indiscutible entre las partes procesales, ¿no debería darse al menos a la parte débil la posibilidad de elegir el foro más favorable a sus intereses –de entre los conectados-?

- 9.2. En definitiva, parece cada vez más evidente que los clásicos **puntos de conexión**, esencialmente territoriales, deberían evolucionar, en estos casos, hacia otros más "**líquidos**", ligados a la actividad económica real que, con frecuencia, se aleja de la plasmada en una formalidad jurídica. Las realidades empresariales de la actualidad pueden difícilmente circunscribirse a un territorio determinado ya que, además del lugar físico de desarrollo de la actividad, existen otros vinculados a ella, como el lugar de procedencia del capital o de la tecnología, el lugar en el que se reciben los beneficios que corresponden al *riesgo* que finalmente se materializó en el daño, el lugar en el que se deciden realmente las operaciones, el lugar que determina la legislación fiscal aplicable al negocio, etc. Por ello parece tener poco sentido que un solo Estado - en este caso, en general, el del lugar donde se verifica el daño- deba ser el único competente para juzgar cualquier litigio en materia medioambiental relacionado con el negocio (ya que el del domicilio del demandado, al ser la filial no domiciliada, ya no es una alternativa).
- 9.3. Otro **argumento a considerar y que se ha empleado para evitar la jurisdicción extraterritorial ha sido el económico**. Parece importante analizar las posibles distorsiones económicas que podría ocasionar una política legislativa en este sentido. No sólo por analizar la viabilidad y eficacia de una posible norma, sino porque, guste o no, es prioridad del legislador europeo la competitividad del mercado común y determinará el sentido de las innovaciones jurídicas. Aunque *a priori* podríamos pensar

que las matrices querrían cambiar su sede a otros lugares donde la competencia no se reconociera y la responsabilidad no se presumiera, no hay que olvidar que eso supondría renunciar en muchos casos a la seguridad jurídica y a las ventajas fiscales que esos Estados ofrecen, siendo esa posible exigibilidad de responsabilidad un factor más de los muchos que condicionan la decisión de invertir en un determinado país. La solución pasaría por realizar un análisis económico de manera que, sin dejar de atender a criterios de justicia por la debida reparación del daño y protección del medio ambiente, cumplir las normas saliera más rentable a las empresas matrices que incumplirlas y existiera cierta seguridad en cuanto a los criterios de "debido cuidado", que facilitarían verificar su diligencia, aunque sean exigentes (que sean comprobables y lo más objetivos posible). Esto debería estar en relación al estudio de las indemnizaciones impuestas, ya que es el resultado del análisis coste-beneficio el que determinará en la práctica si las normas tendrán un efecto disuasorio e incentivarán la protección ambiental o si serán ineficaces.

Además, la posibilidad de litigar en el Estado de domicilio de la matriz (llamado *home state*), crearía incentivos apropiados para promover eficiencias económicas; lejos de desalentar la inversión de empresas en países menos desarrollados, promovería su desarrollo económico a largo plazo y la inversión en ellos; no limitaría las oportunidades de negocio para empresas en el extranjero y no supondría desventajas competitivas; no afectaría a la inversión en los Estados de domicilio de las matrices y sería un medio eficiente económicamente para disuadir violaciones de principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional.

10. Las **ventajas de poder demandar a matriz y filial en el Estado miembro de la UE en el que se domicilia la matriz** serían, entre otras: se lograría el acceso, en muchas ocasiones, a sistemas judiciales más garantistas e independientes; a normas de conflicto (como el art. 7 del Reglamento 864/2007) que permiten la elección del ordenamiento más favorable a la parte débil; a un mejor grado de reparación ambiental, en última instancia; a normas procesales más favorables a los intereses de las víctimas (parte débil) –por ejemplo, en la legitimación de ONG

o en la posibilidad de emplear acciones colectivas-; a una mayor visibilidad pública y por tanto conciencia crítica de las actuaciones de las multinacionales en el extranjero; a un proceso más eficiente social y económicamente; a una mayor posibilidad de ejecutar las indemnizaciones y evitar problemas como el de *Chevron-Texaco* en Ecuador; y, también, a contribuir a la creación de un mercado europeo con menos externalidades negativas y de un espacio judicial europeo más seguro, equitativo y coherente -sin tantas asimetrías ni distorsiones que generen comportamientos oportunistas o limbos jurídicos que permitan abusos de derecho-.

11. Por todo ello, consideramos conveniente que **matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente** en estos supuestos, **a elección del demandante, bien en el lugar del daño, bien en el Estado de domicilio de la matriz** de la multinacional que, generalmente, será más beneficioso para las víctimas.

12. Así pues, hemos planteado las **siguientes propuestas** para el Reglamento 1215/2012:

12.1. Propuesta de **aplicación del foro de conexidad del art. 8.1. a filiales no domiciliadas** en el territorio de la UE codemandadas con la matriz del grupo societario sí domiciliada en algún Estado de la UE, siempre que exista conexión suficiente con el mercado europeo y podamos hablar de un “grupo de sociedades”. Para facilitar la acreditación de estas cuestiones se proponen varias *presunciones*.

12.2. **Generalización e inclusión en el Reglamento 1215/2012 del foro de necesidad**, para evitar desigualdades en el acceso a la justicia y favorecer la desaparición de foros exorbitantes. Para su aplicación sería necesario que, sin existir conexión suficiente para la admisión del caso según algún otro foro de competencia judicial internacional, no exista para los demandantes la posibilidad razonable de obtener tutela judicial efectiva en otro Estado con proximidad con el caso. La “cortesía internacional” no es argumento sostenible para negar su inclusión en el Reglamento por más

tiempo, ya que el acceso a la justicia es un derecho humano cuya garantía debe ser prioritaria a ese tipo de consideraciones.

- 12.3. La posible **aplicación del 7.2. a no domiciliados**, que podría resultar útil en ausencia de foro de conexidad para no domiciliados si “el lugar del hecho generador del daño” pudiera interpretarse como el de domicilio de la matriz. Igualmente, sería beneficioso considerar que ese tribunal pudiera conocer de todos los daños y todos los demandados, permitiéndose la acumulación de acciones en pro de la eficiencia procesal. No obstante, el efecto útil de esta propuesta es escaso si se reconoce el foro de conexidad para no domiciliados, ya que el foro del domicilio del demandado coincidirá con el del lugar del hecho generador en nuestro supuesto de hecho, recurriéndose por facilidad al primero.
- 12.4. Alternativamente, la inclusión de un **foro específico de protección para las víctimas de daños ambientales causados por empresas de grupos transnacionales de sociedades**. Éste debería ser coherente con el art. 7 del Reglamento 864/2007, el principio *favor laesi*, el respecto al derecho de acceso a una tutela judicial efectiva y a los principios asumidos en materia de derechos humanos y empresas y en medio ambiente. De esta forma, los perjudicados podrían elegir entre litigar en el domicilio de la sociedad dominante domiciliada en la UE o litigar en el lugar del daño, pudiendo agrupar en cualquier caso todas las demandas contra todos los demandados. Se presumirá *iuris tantum* que existe grupo por el control de la matriz cuando por ejemplo, tenga una mayoría considerable -o el cien por cien- del capital accionario, o un papel protagonista en el negocio de la filial si se trata de una relación comercial, y/o se verifiquen ciertos "indicadores" (por ejemplo: que la matriz en cuestión reciba más del cincuenta por ciento de los beneficios de la filial, que estén vinculadas a códigos de conducta comunes, que la plantilla de directivos de la filial cuente con expatriados, etc. -siempre que no se demuestre lo contrario por parte de los demandados-). En relación a la conexión con el mercado europeo, podría ser conexión suficiente alguno de los siguientes hechos: que la matriz sea europea y posea más del cincuenta por ciento de capital

de la filial o que los beneficios de la filial vayan al país europeo y se tribute en él.

- 12.5. **Limitaciones a la sumisión de las partes.** Se aceptará la posibilidad de pacto expreso con posterioridad al daño pero con ciertas cautelas (intervención del juez que corroborara la validez del pacto y la información de la parte débil sobre los efectos del acuerdo; ofrecer facilidades para su impugnación o para limitar los efectos del mismo si pudiera limitar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas; que participara en la negociación alguna institución que sirviera de garante de la validez del pacto, como una ONG, juez u organismo público; etc.) En cuanto a la sumisión tácita, el juez deberá asegurarse de que la parte débil conoce los efectos de la comparecencia y la posibilidad de plantear declinatoria antes de declararse competente.
- 12.6. **Cooperación judicial en materia civil,** en línea con lo propuesto en las recomendaciones de la International Law Association. Concretándose entre otras medidas en la aplicación de ciertas previsiones que garantizaran que el tribunal que conociera del caso pudiera contactar con el tribunal o la autoridad de otro Estado que presentase conexión con el caso para **evitar duplicaciones en costes e incrementar la eficiencia**, así como para facilitar el transcurso del procedimiento y, eventualmente, la ejecución de la sentencia cuando en ello se vieran involucrados distintos Estados. Esto puede ser especialmente **importante en presencia de daños plurilocalizados**, hipótesis relativamente frecuente en casos de daños ambientales.
- 12.7. En cuanto a las **normas de producción interna** en el sistema español de Derecho internacional privado, destaca el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que incluye varias previsiones de especial relevancia para nuestro supuesto de hecho: 1) En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconseje su acumulación (art. 22.3 ter). 2) Un foro de necesidad que, si

bien podría haberse redactado mejor, se introduce de manera expresa en nuestro ordenamiento.

13. Estas previsiones son susceptibles de mejorar, qué duda cabe, el acceso a la justicia en el supuesto que nos planteamos, acercando los **foros de competencia residual** españoles a los de otros ordenamientos europeos como los Países Bajos o Portugal. Tras analizar estos, constatamos que en veintiuno de los veintiocho Estados miembros sí podrían juzgarse las acciones frente a ambas sociedades –una domiciliada y otra no-, si bien bajo requisitos diferentes. En los siete restantes (Dinamarca, Finlandia, Alemania, Grecia, Malta, Polonia, Suecia) hubiera sido más difícil y habría dependido de la existencia de otros foros aplicables a la filial, ya que sólo es posible si el tribunal tiene, de manera independiente, competencia internacional sobre cada uno de los demandados considerados individualmente. En cuanto al foro de necesidad, sólo se admite en nueve de los veintiocho Estados miembros, aunque con distintos requisitos. Esta heterogeneidad en las normas de producción interna genera no sólo inseguridad jurídica y un mayor coste para el demandante (que deberá realizar un esfuerzo mayor por conocer las disposiciones de Derecho interno y su aplicación al caso en cada Estado miembro) sino que además puede representar una desigualdad de trato –jurídico y económico, ya que las decisiones de competencia judicial internacional tienen una clara repercusión económica- para posibles demandantes y también para los demandados, afectando decisiones empresariales –entre otras- en el seno de la UE y de su mercado común y generando distorsiones en derechos tan esenciales como el de acceso a la justicia.

14. Con independencia de las propuestas concretas, en el marco de la globalización parece esencial que las normas de Derecho internacional privado se elaboren buscando la máxima **eficiencia**, económica y social. Igualmente, será preferible una normativa –tanto de Derecho internacional privado como sustantiva- lo más **uniforme** y con el alcance más internacional posible. Tal armonización, concretamente, en el ámbito de la UE, podría **evitar desigualdades** en el mercado interior y comportamientos oportunistas, además de incertidumbre y falta de precedentes y criterios en numerosas ocasiones, pudiéndose aprovechar para **reforzar el papel de la Unión en la salvaguarda de los derechos humanos y**

del medio ambiente respecto de las actividades de los grupos de empresas con vinculación a Europa, con independencia del lugar físico en el que se verifique el daño, siempre bajo una interpretación teleológica basada en la "proximidad razonable" y en el sentido común orientado más a los intereses de las partes y a la buena administración de justicia y protección especial de los derechos humanos y del medioambiente como bienes y derechos universales que a la estricta soberanía estatal. Esto sin olvidar que hará falta un esfuerzo en cooperación judicial internacional para evitar problemas con el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en este ámbito que, al final, dependerán en gran medida de la voluntad política.

15. Ahora bien, cuando la **sociedad dominante está domiciliada en un país de la UE** y los demandantes quieren litigar en ese Estado, nos encontramos también con otros **problemas incluso aunque el tribunal sí reconociera su jurisdicción**. Entre otros: balance coste-beneficio esperado desfavorable por la inexistencia de mecanismos de litigación colectiva, la pesada carga de la prueba de la dependencia societaria y responsabilidad de la matriz, el poder litigar exclusivamente por daños privados, el que las ONG no estén legitimadas para reclamar por daños ecológicos, socializándose el coste, etc. Están por tanto relacionados con dos cuestiones: por un lado, con el régimen de imputación de la responsabilidad en el seno de los grupos transnacionales de sociedades y la carga de la prueba; y, por otro, con la especial naturaleza de los daños ambientales, la legitimación para litigar y la disponibilidad de mecanismos de litigación colectiva. Veamos las principales conclusiones para cada cuestión analizada.

❖ **Sobre la imputación de la responsabilidad en el seno de grupos transnacionales de sociedades.**

16. El análisis del **Derecho sustantivo** referido a la imputación de la responsabilidad dentro de un grupo respecto de terceros, de los límites al principio de responsabilidad limitada e independencia societaria, de la carga de la prueba, etc., es indispensable no sólo porque finalmente determinará el resultado del fondo del litigio sino por su íntima conexión con el Derecho internacional privado y

las cuestiones que en este trabajo nos hemos planteado. Por ejemplo, cómo justificar la conexión con el foro europeo si no se admite de alguna manera que la actuación del demandado domiciliado (en este caso, la matriz) tuvo responsabilidad en los hechos que dieron lugar a los daños transnacionales.

17. Existe una **carencia considerable en la regulación jurídica de los grupos societarios y de su responsabilidad**, no siendo el levantamiento del velo una solución suficiente a la problemática que representan.

18. Las **modificaciones de Derecho sustantivo** en materia de responsabilidad de los grupos pasan por la limitación crítica, teórica y práctica, del “dogma” de la responsabilidad limitada y separación entre personas jurídicas que formen parte de un mismo grupo societario en el que fluye tan fácilmente el beneficio y tan difícilmente la responsabilidad asociada al riesgo que generó aquél. Esto incluye:

18.1. Crear un **concepto uniforme y amplio de grupos**, que permita la consideración de los grupos verticales y horizontales como realidades dinámicas (tanto a efectos de derechos como de deberes, de obligaciones y beneficios), para garantizar la coherencia de su conceptualización en los distintos campos jurídicos.

18.2. Establecer unas **normas mínimas** de obligado cumplimiento para ser aplicadas por las empresas matrices domiciliadas en la UE en sus actividades extraterritoriales (que conformen el **deber de vigilancia**). La violación de tales normas resultará en responsabilidad civil, cuanto menos respecto de la víctima, por el comportamiento negligente de aquélla. El demandante deberá probar el perjuicio pero es la matriz la que debe probar su diligencia (*inversión de la carga de la prueba*) para desvirtuar la presunción.

18.3. Con independencia de lo anterior, en casos en los que exista un alto grado de control/dirección por parte de la matriz, podría considerarse a la **matriz garante del pago de la obligación de la filial**, sin perjuicio de su derecho de repetición. Para evitar estrategias de dilación procesal y en atención a

los intereses protegidos y a la desigualdad entre las partes, tal garantía será solidaria. Se **presumirá *ius tantum* el control efectivo** siempre que se detente al menos el cincuenta y uno por ciento de las acciones o se reciba la totalidad de los ingresos, directamente o mediante sociedades pantalla. Estas presunciones responden a los principios de facilidad y disponibilidad probatorias y al más elemental sentido común para equilibrar los poderes de las partes, hagan posible romper, cuando así se justifique, el muro inquebrantable de la independencia societaria que, en el plano fáctico, es más que cuestionable.

18.4. Dejar que el **levantamiento del velo** sea, realmente, un *remedio de última instancia*, para imputar no ya un comportamiento negligente en el cuidado sino una responsabilidad directa sobre los daños. Mientras la prueba del perjuicio y la causalidad correrían a cargo del demandante, la prueba de la independencia entre sociedades, en atención a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, a la desigualdad de las partes y a los intereses protegidos, debería recaer sobre la matriz. Sería positivo que, para evitar la ambigüedad y conseguir cierta armonía en las soluciones a nivel internacional, se determinaran los requisitos mínimos que deben concurrir para levantar el velo societario en un texto aprobado por el mayor número de Estados posibles que funcionara como norma de derecho material uniforme para levantar el velo societario, si bien la práctica excepcional y heterogénea nos indica que puede ser un acuerdo difícil de alcanzar.

Aunque estos puntos están específicamente pensados para nuestro supuesto de hecho, sería conveniente y deseable que fueran comunes para el mayor número de supuestos posibles, sobre todo cuando están en juego intereses especialmente protegibles y existe una desigualdad entre las partes evidente; e, igualmente, para el mayor número de países posibles.

19. No hay que olvidar que, **sin una modificación del Derecho sustantivo y procesal que consagre la responsabilidad de la matriz** –ya sea subsidiaria o solidaria, objetiva o por culpa, como garante del pago o como responsable directa,

por negligencia en el deber de cuidado o por actos directos-, y que articule presunciones para justificar el vínculo entre el supuesto responsable “matriz” y el evento generador del daño, será **difícil que el derecho de acceso a una tutela judicial efectiva se vea finalmente satisfecho**, aunque el tribunal del país europeo admitiera su competencia judicial internacional respecto del caso, cuestión también esencial cuando hablamos de acceso a la justicia.

❖ **Sobre los daños ambientales, la legitimación activa y las acciones colectivas.**

20. La cuestión del acceso a la justicia desde el punto de vista de los demandantes ante daños ambientales transnacionales resulta compleja por la **vulneración concurrente de derechos e intereses de distinta naturaleza** (daños ecológicos, daños a intereses supraindividuales y daños privados), cuya consideración y tratamiento normativo son heterogéneos e insuficientes a nivel internacional, como hemos constatado en el análisis de Derecho comparado. La confusión y discusión doctrinal inacabable que sobre ellos se cierne ha bloqueado cualquier posibilidad pragmática de proporcionar vías procesales de tutela satisfactorias.

20.1. Respecto de los **daños ecológicos**, por su discutido encaje en el marco del proceso civil y la insuficiencia de las previsiones de responsabilidad administrativa ante daños transnacionales causados por sociedades privadas en el extranjero (externalizando a otros Estados/sociedades su coste), así como por las limitaciones de la legitimación exclusiva del Estado con un escaso papel de la ciudadanía en la protección judicial del medio ambiente y la falta de eficacia del régimen de responsabilidad administrativa de la LRM y otras leyes que trasponen la Directiva 35/2004.

20.2. Respecto de los **daños al interés supraindividual en el disfrute de un medio ambiente saludable**, por la falta de reconocimiento explícito y la reticencia a plantear tutelas adecuadas a intereses supraindividuales al exigir éstas cambios que chocan con la visión clásica, liberal e individualista del proceso civil.

20.3. En relación a los **daños individuales privados**, por la pluralidad de afectados, la existencia de daños atomizados y el escaso desarrollo de las acciones colectivas en materia ambiental en muchos de los Estados de la UE. Y el resultado de todo ello es que **la justicia no llega, llega demasiado tarde o es insuficiente**, y muchos daños quedan sin reparar, debiendo hacer frente el Estado (esto es, todos los ciudadanos con sus impuestos) a los gastos de limpieza o reparación que son la “otra cara” de los beneficios derivados de la actividad riesgosa y que sí fueron apropiados por la sociedad privada y que generalmente redundan en mercados extranjeros.

21. Se necesitan vías de tutela que respondan pragmáticamente y con eficiencia a los perjuicios ecológicos y a los civiles a ellos asociados, que en la actualidad son a todas luces insuficientes. El **análisis de la institución de la legitimación y de las acciones colectivas en materia de daños ambientales** en Derecho español y comparado nos permite señalar algunos de los principales **obstáculos que dificultan el acceso a la justicia** en nuestro supuesto de hecho.

22. Principalmente: 1) La **confusión conceptual** entre bienes, derechos e intereses afectados en catástrofes ambientales; la rígida e ineficaz separación entre lo público y lo privado en una realidad compleja, entre el daño ecológico, el privado tradicional y el del interés supraindividual. 2) La **conurrencia de responsabilidades** penales, civiles y administrativas **y su fragmentación en diversos procedimientos, leyes y países**, que contribuye al *desánimo e inacción*, socializándose el coste de la actividad riesgosa que ofrecía beneficios privados. 3) La **heterogeneidad normativa** y el distinto grado de evolución en los EE.MM. en la regulación de la legitimación –es la *lex causae* la que la determina– los instrumentos de litigación colectiva y de defensa de los intereses supraindividuales y la **ausencia de previsiones uniformes supraestatales** implica una profunda *desigualdad entre ciudadanos* en el acceso a la justicia en una cuestión tan fundamental –recordamos que para parte de la doctrina se trata de un derecho humano– como es el medio ambiente. Además, incrementa la *imprevisibilidad* y el *forum shopping* en la búsqueda de un foro beneficioso, lo cual suele favorecer –en el actual estado de cosas– a la parte con mayores medios

técnicos, financieros y jurídicos a su alcance que, ni qué decir tiene, es la empresa multinacional; aumenta también el riesgo de procedimientos paralelos y las dificultades en el reconocimiento de sentencias, así como los comportamientos oportunistas de las empresas en sus decisiones de domiciliación. 4) Las **limitaciones territoriales de representatividad de las ONG**. 5) El **déficit de participación ciudadana** en los mecanismos de tutela de los daños ambientales y su vinculación con el desequilibrio entre las partes procesales.

23. La **dimensión transnacional de los problemas medioambientales exige normas supraestatales** para lograr respuestas realmente eficaces. Entre otras, consideramos conveniente: 1) el reconocimiento del derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable como **derecho humano en el CEDH** de manera expresa y directa; 2) el reconocimiento de la **dimensión civil de los daños a tal interés supraindividual en el disfrute** junto con otros daños a aquél vinculados como los provocados a la salud o a la propiedad, tal y como se prevé para los primeros en materia de consumidores o igualdad de género; 3) el reconocimiento de la **legitimación a asociaciones ecologistas** y a particulares interesados frente a terceros privados –no sólo frente la Administración Pública-, tanto en procedimientos civiles como administrativos y para reclamar por el perjuicio ecológico, especialmente en supuestos extraterritoriales; 4) la posibilidad de **demandar colectivamente en tribunales de países europeos** a empresas domiciliadas en un Estado miembro por actos lesivos del medio ambiente verificados extraterritorialmente en Estados no pertenecientes a la Unión; con todas las ventajas que podría suponer la ampliación de la legitimación y el desarrollo de acciones colectivas armonizadas para daños ambientales (como instrumento de empoderamiento de grupos, de expresión de la voz de la sociedad civil y una mejor gobernabilidad del poder económico privado, equilibrando el poder de negociación de las partes e incentivando la litigación aun cuando el daño individual no es alto pero el daño general sí lo es, cuestiones todas ellas que, junto con las de economía y eficiencia procesal, bien merecen la superación de ese gusto por la conservación del *status quo* jurídico hacia un modelo más adaptado a las exigencias actuales, cumpliendo con las obligaciones internacionales asumidas en materia de protección del medio ambiente, de

acceso a la justicia y participación ciudadana, de regulación de la actividad de multinacionales y evitación de las lagunas legales que crean paraísos de no-responsabilidad, etc.); 5) en un segundo tiempo, nos parecería esencial la integración de competencias civiles, administrativas y penales en **tribunales ambientales especializados** (como ocurre en otros países, ya cuarenta y uno concretamente en el 2009) que fueran capaces de abordar en su integridad y prontamente la complejidad de los daños ambientales y de los múltiples perjuicios –en naturaleza y número- que se verifican junto con aquéllos. Y esto para evitar que el derecho a un medio ambiente sano se convierta en un derecho sin contenido ni efectividad.

24. Específicamente, en relación a las **acciones colectivas**, cuya regulación en los distintos países de la UE es muy diversa, como se concluye del estudio de Derecho comparado realizado, **proponemos su armonización y regulación en una Directiva**, rechazando su inclusión en el Reglamento 1215/2012, como han propuesto algunos, o en simples Recomendaciones no vinculantes. Y esto porque: 1) dada la diversidad de tradiciones jurídicas en la UE y la dificultad e inconveniencia, en nuestra opinión, de uniformarlas, se considera más favorable una armonización; 2) además, dado que la cantidad de aspectos procesales involucrados no se limitan a los foros de competencia, su inclusión en el Reglamento 1215/2012 podría cargar a éste demasiado y dificultar su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

25. Respecto a la **Propuesta de Directiva**, proponemos la inclusión de puntos como: 1) Permitir la **elección entre un sistema *opt in* u *opt out* según las circunstancias de cada caso**. 2) Incluir tanto las **acciones preventivas o de cesación** como las **compensatorias o de reparación**, dirigidas tanto a autoridades públicas como a particulares. 3) **No limitarla a los daños de actividades “ilegales”**, incluyendo casos de responsabilidad objetiva *por riesgo* o los derivados del incumplimiento del *deber de cuidado*. 4) Adoptar el **principio de reconocimiento mutuo de las asociaciones** entre Estados que, por vía administrativa o judicial, ***ex ante* o *ad hoc*** según el caso, sean consideradas **representativas** en sus Estados de origen; e igualmente prever la legitimación de las ONG que cumplieran los requisitos del art. 11 de la Convención de Aarhus

para litigar en tribunales supraestatales europeos. 5) Favorecer **convenios en este sentido con terceros Estados** en los que empresas domiciliadas en un Estado de la UE realizan actividades económicas potencialmente peligrosas para el medio ambiente. 6) Considerar que las **asociaciones son representativas y están legitimadas** si son independientes, sin ánimo de lucro, tienen suficiente capacidad para defender adecuadamente sus objetivos institucionales y existe la coherencia entre tales objetivos y el caso concreto. 7) **Prever mecanismos que eviten los problemas de agencia** en caso de que la asociación representativa con capacidad no quisiera demandar ni dar la exclusividad para iniciar acciones colectivas a ningún organismo público o financiado con recursos públicos; 8) **Basar la “admisibilidad” de la acción en criterios objetivos, preestablecidos y formales.** 9) Prever la posibilidad de que el juez tuviera cierto **margen discrecional para decidir qué parte de los costes del proceso serían asumidos por la parte perdedora** según las circunstancias de ésta y las del caso. 10) En materia de foros, remitirse al **Reglamento 1215/2012**, si bien admitiendo la posibilidad, en daños masivos que afectasen a varios países, de que una **acción colectiva por la totalidad del daño pudiera ser juzgada no sólo ante el tribunal del domicilio del demandado sino también ante el lugar del daño**, aunque éste se concretase vía el lugar de verificación del daño (sin que la teoría del mosaico deba impedirlo), siempre que la conexión fuese razonable y suficientemente previsible para el demandado –esto es, que no fuera impensable con la información disponible-. En el caso de daños ambientales transnacionales que se verificasen en Estados donde estuvieran domiciliadas filiales de la empresa o donde el grupo multinacional tuviera alguna actividad de cierta entidad y con un vínculo directo que no fuese anecdótico, tal previsibilidad habría que entenderse existente. 11) Proponer **criterios flexibles para permitir la consolidación de acciones** conexas ex art. 30 del Reglamento 1215/2012, para *evitar sentencias contradictorias o incompatibles*. 12) Establecer un **buen sistema de información y notificación**. 13) Permitir **financiación** única o parcialmente privada-propia, proporcionada por un tercero o por el beneficio de la asistencia jurídica gratuita en algunos casos, también para las víctimas extraterritoriales cuyos casos, de relevancia, estén conectados con empresas domiciliadas en la UE y sobre los que sean competentes tribunales europeos de acuerdo al Reglamento 1215/2012, con fundamento en el art. 81.2.e del TFUE.

26. También podría preverse la creación de un *fondo supraestatal* a tales efectos o la posibilidad de *micromecenazgo* regulado. 14) Regulación de **métodos alternativos de solución de conflictos**, voluntarios, y supervisados por la autoridad judicial competente. 15) Promover **programas de formación para los jueces** que deban manejar casos de acciones colectivas, pudiendo partir aquéllos de la Red Judicial Europea.
27. Es esencial que hasta el 2017, fecha en la que se revisarán las Recomendaciones europeas, se realice un estudio en profundidad que permita avanzar en la regulación de un instrumento que será clave para la aplicación efectiva del Derecho en el siglo XXI que, indudablemente, necesitará de la dimensión colectiva para hacer frente a los cambios que la economía y la organización social han provocado en las relaciones humanas y, por tanto, jurídicas.
28. En relación a las **normas nacionales españolas**, teniendo en cuenta la dificultad de alcanzar en un tema como el ambiental soluciones homogéneas a nivel supraestatal, se proponen varias cuestiones: a) En relación al daño ecológico, bien su inclusión en el Código Civil, tal y como se ha propuesto en Francia, o bien, si no es posible esto primero, el reconocimiento de la acción popular para los daños ecológicos causados por la administración o terceros privados. Se propone un régimen de responsabilidad objetiva para las actividades de riesgo, diferentes modalidades de reparación priorizando la primaria o *in natura* y se amplía la legitimación a las asociaciones ecologistas junto con el Ministerio Fiscal, las colectividades territoriales y administraciones públicas. El régimen civil sería alternativo al administrativo de la LRM B) Respecto del daño al interés supraindividual en el disfrute, se propone su reconocimiento explícito y la articulación de una tutela judicial en lo que podría ser el artículo 11 *ter* LEC, que queda redactado en las propuestas de *lege ferenda* y que prevé los requisitos para los legitimados a ejercitarla y de las acciones colectivas al respecto (tipo de acción, sistema de notificación, derecho a la asistencia jurídica gratuita, tipo de reparación posible, etc.)

29. Por tanto, concluimos que atender con rigor, ética y justicia a la realidad que plantea la actividad transnacional de los grupos transnacionales de sociedades, frecuente y con un importante impacto medioambiental, **son necesarias modificaciones de calado en distintas áreas del Derecho** y que el estudio de las mismas siempre deberá ser **combinado, transdisciplinar y lo más internacional posible.**

30. En cualquier caso, parece que los **intereses económico-empresariales siguen siendo más importantes en la agenda política que los de garantizar el acceso a una justicia efectiva.** Y sería ingenuo imaginar un cambio en esta dirección, a menos que la sociedad vaya aumentando la conciencia sobre estas realidades y aumente la presión pública. Y en relación al medio ambiente, en especial. Confiemos en que así sea. Mientras tanto, tratemos de abordar aquellas pequeñas modificaciones que, no obstante, pueden tener un impacto considerable en la práctica del acceso a la justicia, sin encerrarnos en un dogmatismo jurídico abstracto y en unas normas que están hoy obsoletas en muchos aspectos. Sin duda, queda mucho por hacer para que el Derecho responda eficaz y eficientemente, con justicia y sentido común, a los problemas que plantea la globalización. Esperemos que los cambios no tarden en llegar demasiado.

CONCLUSIONS

1. As a result of **globalisation**, companies from transnational corporations often **offshore** risky activities to minimise costs and maximise profits. These activities can at times cause catastrophic environmental damage in countries where victims frequently encounter serious **difficulties in obtaining effective judicial protection** (and this is often precisely one of the reasons for offshoring the activity). These difficulties can often be due to many factors: weak institutions in the country where the damage occurs, lack of independence of judicial power and reluctance to punish companies with major investments in the country, corruption, underdeveloped procedural mechanisms -including collective actions, NGO legitimation and non-existent free legal assistance- to facilitate fair balanced processes, lack of regulation on the responsibility of the group's companies for environmental damage, etc.
2. Faced with this situation, and considering that the damage is caused by companies from transnational groups directly connected to other states, the **possibility that victims may be able to litigate abroad** is **essential** to guarantee the human right of access to justice and to repair, as far as possible, damaged natural resources and collateral personal damage. The connection between the environment, flow and localisation of risks and profits -which ought to be associated with the responsibility for damages derived from risky activities-, international commitment regarding human rights and companies (from the United Nations), or the environment, as well as ethical principles and basic common sense which impose the establishment of alternative paths for repairing these damages and making companies responsible for the damage caused, requires that jurists search for solutions other than litigation in the country of damages when no satisfactory responses are available there.
3. In the search for countries with better expectations for litigation, it appears that in the case assumed here, not including the verification of damages, the most relevant factor is that of the **place of domicile of the parent company of the corporation** which benefited from the activity that caused the damage. However, is there a reasonable, that is to say not exorbitant, forum based on sufficient

connection? In order to answer this question it was first necessary to further research corporate structures and attach intra-group responsibility, analysing the extent to which we can speak of a link between damage directly associated to the foreign subsidiary and the actions of the EU-domiciled parent company. It was also necessary to study the determination of the competent authority in the Spanish private international law system and in comparative law within the EU.

4. Following this study, we concluded that there **is a reasonable connection** between the domicile of the parent company and the case of transnational damage caused by companies of the group when there exists a relationship of dependence or unidirectionality between the society directly linked to the damage and that domiciled in the other State, providing the basis for a connection between the court location (where the decision causing the damage was taken) and the case and connection with the European market. Given the lack of regulations establishing the responsibility of the parent company (be it objective, due to lack of diligence or even as guarantor for the debts of its subsidiaries), proving the connection of the parent company with the damage can become an impossible task and also jeopardises the foundation of a reasonable forum in the absence of connections.

5. Analysing the current system for establishing the competent authority in Spain and other EU countries, we observe considerable obstacles for the victim of extraterritorial damage when litigating in the EU and suing subsidiaries and parent companies. Let us examine this for each of the norms for determining competence, depending primarily on the type and location of the damage and the domicile of the defendant.

❖ **On the regulations for determining the competent authority.**

6. As regards the **conventional supranational regulations** establishing international judicial competence in issues relating to environmental damage within the Spanish private international law system, two specific regulations relating to **nuclear damage** and **damage caused to seawater by hydrocarbons**

were studied. In relation to our assumption, we would like to note its uncertain nature due to its complexity and the high number of applicable concurrent competence regulations, the insufficient regime of responsibility and the practical difficulties which on occasion lead plaintiffs to litigate in countries not bound by agreements and without compensation limits. Although the former allows a concentration of actions and increases foreseeability for the competent court, numerous deficiencies and voids have been detected which may encourage victims to resort to ordinary courts under a general regime whenever possible.

7. In the absence of conventional supranational regulations, the institutional supranational tool par excellence to be applied in these cases in the EU is **Regulation 1215/2012**. In most cases, and specifically in our case, this regulation requires the **defendant to be domiciled in an EU member state**. After studying each of the forums of the Regulation which could be connected to our environmental damage hypothesis (mainly art. 4 and 7.2) we detected difficulties which may be greater or lesser depending on the procedural strategy chosen:

7.1. **Suing parent company and subsidiary**: how can a lawsuit be filed against the subsidiary directly linked to the case? As the subsidiary is not generally domiciled in an EU member state, international judicial competence as stipulated in the forums of the Regulation is not recognised. This is not the case with the parent company (beginning with the forum in art. 4), and it is necessary to **resort to residual competence forums** of the Member State courts where proceedings are being brought. **It is not possible to use the lifting of the veil ex art. 4** to attract competence on the non-domiciled subsidiary and without the forum of procedural connection of art. 8.1, or art. 7.2 for extracontractual responsibility to be applied to non-domiciled defendants, **the solution depends on the internal production legislation** for each case. Following a study of the different residual competence forums for our case in different EU countries, we observe a clear **heterogeneity** which provides very varied results depending on the country, with the consequent economic distortions and unequal judicial treatment both of companies and possible victims.

- 7.2. **Suing only the subsidiary:** what would the connection with the state of the forum be? Apparently there would be no connection and this possibility would be doomed to failure unless it was based on residual competence regulations for the member states that do not require this connection, usually considered exorbitant (something which could cause problems as regards recognition). An example of this is the forum necessitatis in the Netherlands which does not require the existence of a reasonable connection.
- 7.3. **Suing only the parent company:** as the damage is not directly linked to the parent company and given the absence of specific regulations regarding the responsibility of the parent company -even if it is the capitalised company and able to afford the claim -, we encounter major problems in proving standing to be sued and the responsibilities of the parent company in the damage: proving company association, control or management of the subsidiary, participation in the damage through acts or omissions, etc. Without regulations to weigh up the proof or establish a sort of objective responsibility for certain cases, either as payment guarantor or as the party directly responsible, this option holds little chance of success for the victims.
8. As regards the institutional regime, in view of the problems identified -and despite the **fairly positive general assessment** of the regime established by Regulation 1215/2012 and its immediate predecessor- we propose **a series of modifications to Regulation 1215/2012**. These modifications should not hamper or obstruct access to justice of residual competence forums under any circumstance when, in the absence of an applicable supranational regulation, these are suitable for setting international judicial competence, always respecting the principles of international law. It should also be noted that international judicial competence forums should be applied regardless of the competent jurisdiction order for each member state. This is to say, the interpretation of extracontractual matters in environmental damage should be autonomous, systematic and pay special attention to Regulation 864/2007.

9. As regards the **possibility of an EU member state trying a case of extraterritorial environmental damage with two co-defendants**, parent company and subsidiary, the main **stumbling block to be considered** –apart from the undeniable obstacle of political agendas- is the lack of **sufficient connection with the EU country**, which is exorbitant.

9.1. Our analysis points to the opposite of this statement. Does the fact that a company is domiciled and has its operations headquarter in a given country, where it receives practically the entire profits from a business activity which has caused environmental damage elsewhere, truly constitute a minimum connection? Does it not fall within the jurisdiction of a State to regulate its market, clearly not included currently in its territory, especially when discussing the activity of multinational companies? Are not these facts clearly connected with the market and risk-profit of the harmful activity as well as with the subsidiary directly linked to the damage? Are not joint audits more efficient on a global scale? Should a European country where the parent company of a multinational is domiciled allow the duty of care over its subsidiaries -in urgent need of recognition- not to be guaranteed, just as rigorously, regardless of subsidiary location when such important legal rights are at stake, even more so when its own market and companies benefit directly from its extraterritorial activities? Based on the values and principles of our legislation, the international community and basic legal understanding, can we allow what we would not do in our own State to occur in another, reaping only the benefits of this activity and not the costs? Should not the approach of rights defended even extraterritorially for EU nationals and domiciled be accompanied by an approach of obligations? Even given the existence of another country more closely linked with the case and the abysmally undeniable inequality of procedural parties, should the weaker party not at least be given the chance to choose -out of all associated forums- that most favourable to its interests?

9.2. In short, it seems increasingly apparent that the classic **points of connection**, mostly territorial, ought to evolve in these cases into more **'liquid'** points of connection, linked to real economic activity which is often

far removed from that reflected in formal legislation. Modern business realities are difficult to limit to a given territory as, in addition to the physical place where activity is carried out, there are other locations linked to activity as the place producing capital or technology, the place which reaps the profits of the *risk* which eventually materialised as damage, the place where operations are really decided, the place which determines the location of the fiscal legislation applicable to the business, etc. This is why it seems illogical to have a single State -in this case the general one, the location where the damage is verified- to be the sole competence for judging any lawsuit on environmental issues relating to the business (as the defendant's home address, the subsidiary being non-domiciled is no longer an alternative).

- 9.3. The **economic argument, which has been used to avoid extraterritorial jurisdiction, should also be considered.** It seems important to analyse potential economic distortions which could result from legal policies in this respect. This is for both for the feasibility and efficiency analysis for a possible regulation and because, like it or not, the competitiveness of the common market is a priority for European legislators and determines the direction of judicial innovations. Although *a priori* parent companies could be expected to wish to change their headquarters to locations where competence was not recognised and responsibility was not assumed, in many cases this would mean relinquishing the legal security and fiscal advantages offered in these States, making this possible responsibility of exposure to litigation one of the many factors that condition the decision to invest in a specific country. The solution would be an economic analysis which ensured that complying with regulations was more profitable for parent companies, while still respecting legal criteria for the due repair of damage and protection of the environment. There should also be some security as regards 'due care' criteria, confirming their diligence even if they are demanding (they should be verifiable and as objective as possible). This should be in relation to the study of compensation imposed, as it is the result of cost-profit analysis which will determine in practice whether the

regulations will act as deterrents and incentives for environmental protection or whether they will fall short.

In addition, the possibility of litigating in the State of domicile of the parent company (*home state*) would create incentives suitable for the promotion of economic efficiencies; far from discouraging company investment in less developed countries it would promote long-term economic development and investment; it would not limit the business opportunities for companies abroad or involve competitive disadvantages; it would not affect investment in the States of domicile of the parent companies and would be an economically efficient deterrent for violations of principles universally recognised in International Law.

10. The **advantages of being able to sue parent company and subsidiary in the EU member state in which the parent company is domiciled** would include: to gain access in many cases to more independent judicial systems offering greater guarantees; to conflict regulations (such as art. 7 of Regulation 864/2007) which make it possible to choose the laws most favourable to the weaker party; to an ultimately better degree of environmental repair; to procedural regulations that are more favourable to the interests of the victims (weak parties), for instance in the legitimisation of NGOs or in the possibility of employing collective actions; to a greater public presence and therefore critical awareness of the actions of multinationals abroad; to a more socially and economically efficient process; to a greater chance to execute compensations and prevent problems like that of *Chevron-Texaco* in Ecuador; and also to contribute to the creation of a European market with fewer negative externalities and of a safer, more equitable and coherent European legal space with fewer asymmetries and distortions prompting opportunistic behaviours or judicial limbos that enable rights abuses.
11. Given the above, we consider it advisable that **parent companies and subsidiaries should be tried jointly** in these cases, **if the plaintiff so chooses, either in the location of the damage or in the State of domicile of the parent company** of the multinational, which will generally be more beneficial to the victims.

12. Therefore, we have made the **following proposals** regarding Regulation 1215/2012:

12.1. Proposal for the **application of association forum art. 8.1. to subsidiaries not domiciled** in EU territory and co-defendants from the parent company of the group of companies domiciled in an EU member state, providing there exists sufficient connection with the European market and a 'group of companies'. Several *presumptions* are proposed to facilitate the accreditation of these matters.

12.2. **Generalisation and inclusion of the forum necessitatis in Regulation 1215/2012** to prevent inequalities in accessing justice and to encourage the disappearance of exorbitant forums. In order to apply this in the event of insufficient connection it would be necessary to admit the case according to another forum of international judicial competence, there would be no reasonable possibility for the defendants to obtain effective judicial protection in another State in proximity to the case. 'International courtesy' is not a sustainable argument when denying its inclusion in the Regulation for a longer period of time, given that access to justice is a human right the guarantee of which must take precedence over this sort of consideration.

12.3. The possible **application of 7.2. to non domiciled defendants**, which could be of use in the absence of a linking forum for non domicile if 'the location of the action generating the damage' is interpreted as the domicile of the parent company. It would also be advantageous if the court was made aware of all damages and defendants, allowing the accumulation of actions in favour of procedural efficiency. However, the effectiveness of this proposal is limited if the forum of association for non domiciled defendants is recognised, as the forum of domicile of the defendant will coincide with that of the location of the generating fact in our hypothesis, and the former will be resorted to in view of its ease.

12.4. Alternatively, the inclusion of a **specific forum for the protection of victims of environmental damage caused by companies from**

transnational corporations. This forum ought to be in keeping with art. 7 of Regulation 864/2007, the *favor laesi* principle, respecting the right to access an effective judicial protection and principles assumed in matters relating to human rights, companies and environment. In this way, those wronged can choose between litigating in the domicile of the EU domiciled controlling company or litigating in the location of the damage. In all cases it is possible to group all the lawsuits against all the defendants. It will be presumed *iuris tantum* that there is a group for the control of the parent company when there is for instance a considerable majority -or 100%- of stock capital, or an important role in the business of the subsidiary if there exists a commercial relationship and/or certain 'indicators' are verified (for example, if the parent company in question received over 50% of the subsidiary's profits, if they are linked to common codes of conduct, if the management board of the subsidiary is made up of expatriates, etc. -and providing the defendants cannot disprove these). As regards connection with the European market, any of the following could constitute sufficient connection: if the parent company is European and holds over 50% of the subsidiary's capital, or if the profits from the subsidiary go to the European country and taxes are paid there.

12.5. **Limitations to the submissions of the parties.** The possibility of a specific pact following the damage will be accepted but with certain precautions (a judge's intervention to back the validity of the pact and the information of the weak party on the effects of the agreement; offering facilities to annul it or limit its effect if it were to limit access to justice on the part of the victims; participation in the negotiation of an institution (NGO, judge or public body) acting as a guarantor for the validity of the pact; etc.) As regards tacit submission, the judge must ensure that the weak party is aware of the effects of the appearance and the possibility of presenting declinature before declaring itself competent.

12.6. **Judicial cooperation in civil matters,** following the guidelines of the International Law Association. This takes specific form in measures such as the application of provisions guaranteeing that a court aware of the case

could contact the court or authorities in another State linked to the case to avoid **expense in duplicates and increase efficiency**, and to facilitate the progress of the procedure and eventual execution of the sentence when different States are involved. This could be of particular **importance in the presence of damages in several locations**, a fairly common hypothesis in environmental damage cases.

12.7. As regards **domestic production norms** in the Spanish private international legal system, it is worth noting the Organic Law on Judicial Power, which includes several provisions that are especially relevant to our hypothesis: 1) In cases with several defendants, it will be the competence of Spanish courts when at least one defendant is domiciled in Spain provided that there is a single action, or several actions linked through title or cause, making their accumulation advisable (art. 22.3 ter). 2) Although this forum necessitatis could have been drafted better it is expressly featured in our legislation.

13. Without doubt these provisions are likely to improve access to justice in the hypothesis examined, bringing Spanish **forums of residual competence** closer to those of other European legislations like those of the Netherlands or Portugal. Following their analysis we observed that the actions of both companies -one domiciled and another non domiciled- could be tried in twenty-one of the twenty-eight member states, albeit with different requirements. In the seven remaining cases (Denmark, Finland, Germany, Greece, Malta, Poland, Sweden) this would be more difficult and would depend on the existence of other forums applicable to the subsidiary, given that it is only possible if the court has independent international competence over each of the defendants when considered on an individual basis. The forum necessitatis is only admissible in nine of the twenty-eight member states, albeit with different requirements. This heterogeneity in internal production regulations generates judicial insecurity and greater expenses for the plaintiff (who must make a greater effort to be informed on the dispositions of internal law and their application in the case of each member state). In addition this can result in unequal legal and economic treatment given that decisions of international judicial competence have clear economic repercussions for possible

plaintiffs as well as defendants and can affect business decisions, including those taken within the EU and its common market and distort such basic rights as access to justice.

14. Independently from concrete proposals in the context of globalisation it is essential for the rules of private international law to be drawn up seeking maximum economic and social **efficiency**. In addition, it would be preferable if the regulations of private international law and substantive law had the greatest **uniformity** and most international scope possible. In the specific context of the EU this harmonisation could **prevent inequalities** in the domestic market, opportunistic behaviour and on many occasions uncertainty and lack of precedents. This could be of use in **reinforcing the role of the EU in safeguarding human rights and the environment** from the activities of corporations linked to Europe, regardless of the physical location of the damage and always with a teleological interpretation of 'reasonable proximity' and in a common sense interpretation favouring the interests of the parties and the proper administration of justice and special protection of human rights and the environment as universal assets and rights rather than strict national sovereignty. In addition, an effort in international judicial cooperation will also be necessary to prevent problems in the recognition and execution of sentences in this field, which ultimately will depend greatly on political will.

15. However, when the **controlling corporation is domiciled in an EU country** and the plaintiffs wish to sue in this State, we also encounter other **problems even if the court does recognise its jurisdiction**. These problems include an unfavourable cost-profit balance envisaged due to the non-existence of collective litigation mechanisms; the heavy burden of proof of the corporate dependence and responsibility of the parent company; being able to litigate exclusively for private damages; NGOs not being legitimised to file claims for environmental damages, thereby socialising costs, etc. They are therefore related to two matters. Firstly, they are connected with the regime for allocating responsibility within transnational corporations and the burden of proof, and secondly, the specific nature of environmental damage, legitimation to litigate and the availability of collective

litigation mechanisms. Let us examine the main conclusions for each issue analysed.

❖ **On the allocation of responsibility within transnational corporations.**

16. The analysis of **Substantive law** relating to the allocation of responsibility within a group in relation to a third party, of the limits to the principle of limited responsibility and corporate independence, of the burden of proof, etc, is essential because it ultimately determines the outcome of the lawsuit and because it is closely linked with private international law and the issues posed in this study. An example of this is how to justify a connection with a European forum without any admission of the fact that the actions of the domiciled defendant (in this case the parent company) were responsible for the events causing the transnational damage.

17. There is a **considerable deficiency in the judicial regulation of corporations and their responsibility**, and lifting the corporate veil is not sufficient to resolve the problems these represent.

18. **Modifications in substantive law** as regards the responsibility of corporations include the critical, theoretical and practical limitation of the 'dogma' of limited responsibility and separation of juridical persons that are part of a same corporation where profit flows easily, while the responsibility associated to the risk generated is extremely difficult to identify. This includes:

18.1. Creating a **uniform and broad concept of corporations**, allowing vertical and horizontal groups to be considered dynamic realities (both in relation to rights and obligations and to profit) in order to guarantee their coherent conceptualisation in different juridical fields.

18.2. Establishing **minimum regulations for compliance** to be applied by the EU domiciled parent companies in their extraterritorial activities (constituting the **obligation of vigilance**). Violation of these regulations will result in civil responsibility, at least with reference to the victim, in the light of the company's negligent behaviour. The plaintiff must provide proof of prejudice

but the parent company must prove its diligence (*inverting the burden of proof*) to override the presumption.

18.3. Regardless of the above, in cases where the **parent company** holds a high degree of control/management, it will be considered **guarantor for payment of the subsidiary's obligation**, without prejudice to its right to repetition. In order to prevent procedural delay strategies and attending to protected interests and inequality between parties, this will be a solidarity guarantee. ***luris tantum* will be presumed as regards effective control** providing at least 51% of shares are held or the entirety of the profits is received, directly or through shell companies. These presumptions answer to principles of evidential ease and availability, and the most basic common sense to balance the power of the parties, making it possible to break when justifiable the unassailable wall of corporate independence which is, in actual fact, more than questionable.

18.4. Allowing **the lifting of the veil** to be truly a last resort to impute a direct responsibility for the damage rather than simply negligent behaviour in care. Although it falls upon the plaintiff to prove prejudice and causality, it is the responsibility of the parent company to prove independence between companies, attending to principles of evidential ease and availability, inequality between parties and protected interests. In order to prevent ambiguity and ensure a certain degree of harmony in solutions on an international scale, it would be helpful to establish the minimum requirements necessary to lift the corporate veil. This would be reflected in a text approved by as many States as possible and operating as rules of uniform substantive law for lifting the corporate veil, although its exceptional and heterogeneous practice does suggest that this agreement may be hard to reach.

Although these points are drawn up specifically for our hypothesis, it would be convenient and desirable if they were common to the highest number possible of assumptions, especially when the interests at stake are

particularly protectable and there is obvious inequality between the parties. It should also consider the highest number of countries possible.

19. We must remember that **without a modification of substantive and procedural law establishing the responsibility of the parent company** –be it subsidiary or through solidarity, objective or through blame, as guarantor or directly in charge of payment, through negligence in the obligation for care or through direct actions- and articulating presumptions justifying the link between the supposed 'parent company' responsible and the event generating the damage, it is **unlikely that right to access effective judicial protection will finally be satisfied**, even if the court of the European country recognised its international judicial competence in the case, also a key point when discussing access to justice.

❖ **On environmental damage, active legitimation and collective actions.**

20. The matter of access to justice in the case of plaintiffs for transnational environmental damage is complex given the **concurrent violation of rights and interests of different nature** (environmental damage, damage to supraindividual interests and private damage). As stated in the analysis for comparative law, the regulatory consideration and treatment of these are heterogeneous and insufficient on an international scale. The neverending confusion and doctrinal discussion concerning them has blocked all practical possibility of providing satisfactory procedural means of protection.

20.1. As regards **environmental damage**, given its problematic setting within the framework of civil process and the insufficient provisions for administrative responsibility in cases of transnational damages caused by private companies abroad (outsourcing the expense to other States/companies), as well as the limitations to the exclusive legitimation of the State with the insignificant role of citizens in the judicial protection of the environment, and the lack of efficiency of the administrative responsibility regime of the LRM and other laws which make up Directive 35/2004.

20.2. As regards **damage to supraindividual interest in the use of a healthy environment**, given the lack of explicit recognition and reluctance to propose suitable protection for supraindividual interests when these demand changes which are in opposition to the classic, liberal and individualistic view of the civil process.

20.3. As regards **private individual damage**, given the existence of several affected parties, atomised damage and the insufficient development of collective actions in environmental issues in many EU States. The result of all this is that **justice is non-existent, tardy or insufficient**, and much damage remains without restitution, leaving the State (that is, all the citizens and their taxes) to cover expenses for cleaning or repair, which are the 'other side' of the profits derived from risky activity and appropriated by the private company and usually ending up in foreign markets.

21. There is a need for means of protection providing practical and efficient responses to environmental wrongdoing and any associated civil prejudices, which are currently lacking. An **analysis of the institution of legitimation and collective actions regarding environmental damage** in Spanish and comparative law allows us to identify some of the main **obstacles hindering access to justice** in our assumed case.

22. Notably: 1) The **conceptual confusion** between assets, rights and interests affected by environmental catastrophes; the rigid and inefficient separation between public and private in a complex reality, between environmental damage, traditional private damage and supraindividual interest. 2) The **concurrence of penal, civil and administrative responsibilities and their fragmentation into different procedures, laws and countries**, which contributes to *discouragement and inaction*, socialising the cost of the risky activity which yielded private profits. 3) The **heterogeneous regulations** and different levels of evolution in the regulation of legitimation of the member states –determined by the *lex causae*– the instruments for collective litigation and the defence of supraindividual interests, and the **absence of uniform supranational provisions** imply profound *inequality among citizens* in accessing justice for a matter as basic as the environment,

considered a human right for part of the doctrine. In addition, it increases *unforeseeability* and *forum shopping* in the search for a beneficial forum, which usually favours -in the current condition- the party with the best technical, financial and judicial resources available, that is to say, the multinational company; the risk of parallel procedures and difficulties in the recognition of sentences increase, as does the opportunistic behaviour of companies in decisions regarding domicile. 4) The **territorial limitations of representation of NGOs**. 5) **Poor citizen participation** in protection mechanisms for environmental damage and their connection with the imbalance between procedural parts.

23. The **transnational dimension of environmental problems requires supranational regulations** to achieve truly efficient responses. We consider it advisable: 1) to expressly and directly recognise the right to enjoy a healthy environment as a **human right in the CEDH**; 2) to recognise the **civil aspect of damage to this supraindividual interest in use** along with other associated types of damage such as those caused to health or property, as set out for the former as regards consumer rights or gender equality; 3) to recognise the **legitimation of environmental associations** and interested individuals as opposed to private third parties -not only public administration-, both in civil and administrative procedures and to present claims for environmental damage, particularly in extraterritorial cases; 4) to be able to **file collective lawsuits in the courts of European countries** and against companies domiciled in a member state for harmful acts towards the environment that have been extraterritorially verified in States outside the European Union; with all the advantages that could be brought about by expanding legitimation and the development of harmonised collective actions for environmental damage (as a tool for empowering groups and expressing the voice of civil society, and for a better governability of private economic power, balancing the power of negotiation of parties and incentivising litigation even when individual damage is not extensive but general damage is. All these considerations, as well as those of economy and procedural efficiency, warrant overcoming this predilection for maintaining the juridical status quo, moving towards a model that is better suited to current demands and is in compliance with the international obligations relating to protection of the environment, access to justice and citizen participation, regulation of the activity of

multinationals and avoiding legal loopholes that create havens of non-responsibility, etc.); 5) at a later stage, it would be essential to integrate civil, administrative and penal competences into **specialised environmental courts** (as was the case in another 41 countries as of 2009) capable of comprehensively and rapidly examining the complexity of environmental damage and the multiple prejudices -in nature and number- which accompany it. This is done to ensure that the right to a healthy environment does not become a right devoid of content or efficiency.

24. Specifically, as regards **collective actions**, the regulation of which varies greatly in different EU countries as can be concluded from the comparative law study carried out, **we propose their harmonisation and regulation in a Directive**, and reject their inclusion in Regulation 1215/2012, as has been suggested, or in simple non-binding recommendations. This is because: 1) given the diverse juridical traditions in the EU and -in our opinion- the difficulty and inadvisability of homogenising them, a harmonisation is considered preferable; 2) in addition, given that the number of procedural aspects involved is not limited to forums of competence, their inclusion in Regulation 1215/2012 could constitute an excessive burden and hinder application by juridical operators.

25. As regards the **Directive Proposal**, we suggest including points such as: 1) Allowing the **choice between an opt in or opt out system depending on individual case circumstances**. 2) Including both **preventive and cession actions** like **compensation or repair**, aimed at both public authorities and individuals. 3) **Not limiting this to the damages caused by 'illegal' activities**, including cases of objective responsibility due to risk and those deriving from non compliance with the *duty of care*. 4) Adopting the **principle of mutual recognition of association** between States which, through administrative or judicial means, **ex ante or ad hoc** depending on the case, are considered **representative** in their States of origin; and also to envisage the legitimization of NGOs, meeting the requirements of art. 11 of the Aarhus Convention for litigation in European supranational courts. 5) Favouring **agreements in this regard with third party States** in which companies domiciled in an EU state carry out economic activities that are potentially dangerous for the environment. 6) Considering that **associations are**

representative and have legitimacy if they are independent, not for profit, have the sufficient capacity to suitably defend their institutional objectives, and there is coherence between these goals and the specific case. 7) **Envisaging mechanisms preventing agency problems** when the capable representative association does not wish to file a lawsuit or provide the exclusivity to any public body or any bodies funded with public money to initiate collective actions; 8) **Basing the 'admissibility' of the action on formal objective and pre-established criteria.** 9) Envisaging the possibility of the judge having **discretionary leeway to decide what part of the costs of the procedure would be at the expense of the losing party** depending on its individual circumstances and those of the case. 10) As regards forums, we refer to **Regulation 1215/2012**, although admitting the possibility in cases of mass damage affecting several countries, that **a collective action for the entirety of the damage could be tried both in the courts of the defendant's domicile and in the location of the damage**, even if this is specified by the location of verified damage (unimpeded by the mosaic theory), providing the connection is reasonable and sufficiently foreseeable to the defendant, that is to say, that the information available does not make it unthinkable. In the case of transnational environmental damage verified in States where company subsidiaries are domiciled or where the corporation has any activity with a direct non anecdotal link, this foreseeability is presumed to exist. 11) Proposing **flexible criteria allowing the consolidation of connected actions** ex art. 30 of Regulation 1215/2012, to *avoid contradictory or incompatible sentences*. 12) Establishing a **good information and notification system**. 13) Allowing single or partly private **funding** provided by a third party or benefiting from free legal assistance in some cases, also for extraterritorial victims whose cases, when relevant, are connected with EU domiciled companies under the jurisdiction of European courts in accordance with Regulation 1215/2012, based on art. 81.2.e of the TFEU.

26. Provisions could also be made for the creation of a *supranational fund* to this effect or the possibility of regulated *crowdfunding*. 14) Regulation of **alternative conflict resolution methods**, voluntary and supervised by the competent judicial authority. 15) Promoting **training programmes for judges** charged with

overseeing collective action cases. These programmes could use the European Judiciary Network as a starting point.

27. It is vital that until 2017, when European recommendations are to be reviewed, an in-depth study be carried out to make progress in the regulation of a key instrument for the effective application of legislation in the 21st century and which will indubitably require the collective dimension to face the changes provoked in human, and in turn judicial, relationships by economy and social organisation.

28. As regards **Spanish national regulations**, and taking into account the difficulty of reaching homogeneous solutions on a supranational level on an issue such as the environment, several points are proposed: a) As regards environmental damage, it could be included in the Civil Code, as proposed in France, or if this is not possible, recognition could be awarded to popular action for environmental damage caused by the administration or private third parties. An objective responsibility regime is proposed for risk activities, different types of repair, with priority being given to primary or *in natura* repair. Legitimation is expanded to environmental associations, alongside the Ministry of Finance, territorial collectives and public administrations. The civil regime would be the alternative to the administrative regime of the LRM. B) It is proposed that damage to supra-individual interest in use be explicitly supervised and that judicial protection be articulated in what could be art. 11 *ter* LEC, drafted in the *lege ferenda* proposals and making provisions for those legitimised to implement it and any related collective actions (type of action, notification system, right to free juridical assistance, type of repair possible, etc.)

29. We therefore conclude that using rigour, ethics and justice to approach the reality posed by the transnational activity of transnational corporations, which often has major environmental impact, **there exists a need for major modifications in different aspects of the legislation** and that the study of these modifications must always be **joint, transdisciplinary and as international as possible**.

30. In any case, it seems that **economic and business interests are still more important to political agendas than guaranteeing access to efficient justice**.

It would be naive to imagine a change in direction in this respect, unless awareness increases throughout society of these situations and there is an increase in public pressure, especially in connection with the environment. Let us hope so. In the meantime we must try to work on modifications which, though small, could have considerable impact on the practice of access to justice, without being trapped in abstract juridical dogmatism and current regulations that are in many ways obsolete. Without doubt, there is much to be done before legislation can provide effective and efficient responses to problems posed by globalisation, with fairness and common sense. We can but hope that change will soon be visible.

ANEXO: FUENTES MANEJADAS

I. Bibliografía. II. Jurisprudencia. 2.1. De tribunales supraestatales. 2.2. De tribunales estatales. 2.2.1. Españoles. 2.2.2. Extranjeros de países de la UE. 2.2.3. Extranjeros de países no pertenecientes a la UE. 2 III. Materiales normativos. 3.1. Normas supraestatales. 3.1.1. Convencionales. 3.1.2. Institucionales, de la UE. 3.2. Normas estatales. 3.2.1. Españolas. 3.2.2. Extranjeras de países de la UE. 3.2.3. Extranjeras de países no pertenecientes a la UE. IV. Otras fuentes. 4.1. Documentos de organismos supraestatales. 4.1.1. De las Naciones Unidas. 4.1.2. De la UE. 4.1.3. De la OCDE. 4.2. Documentos e información de páginas webs corporativas. 4.3. Documentos e información de páginas web de ONG. 4.4. Otros documentos de agencias e instituciones, públicas y privadas. 4.5. Artículos de prensa. 4.6. Vídeos.

I. BIBLIOGRAFÍA.

E. ABA, "An International Arbitration Tribunal: The solution to ensure access to justice for victims of corporate human rights abuses?", Business & Human Rights Resource Centre, disponible en: http://business-humanrights.org/en/an-international-arbitration-tribunal-the-solution-to-ensure-access-to-justice-for-victims-of-corporate-human-rights-abuses?utm_source=Corporate+Legal+Accountability+Bulletin&utm_campaign=aeba41553e-Corporate_Legal_Accountability_QB_Dec_2014_SPANISH&utm_medium=email&utm_term=0_7734b4f86e-aeba41553e [Consulta: 4/4/2015].

M.D. ADAM MUÑOZ, *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Jurídica Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

Y. AGUILA ET AL (Le Club de Juristes) "Mieux réparer le dommage environnemental", Janvier 2012, disponible en: http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/03/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf [Consulta: 27/10/2014].

H. AGUILAR GRIEDER, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001;

H. AGUILAR GRIEDER, "Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº2, 2009, pp. 5-29.

J. M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, "El Prestige aún. ¿Por qué no estamos preparados?", *Diario La Ley*, 462/2014, 5 febrero 2014, pp. 1-14, disponible en: http://www.dikeos.com/index_htm_files/EL%20PRESTIGE%20AUN_POR%20QUE%20NO%20ESTAMOS%20PREPARADOS_DIARIO%20LA%20LEY%205FEB14.pdf [Consulta 21/5/2014].

J. ALMAGRO NOSETE, "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos" *Revista de Derecho Político*, nº 16, Invierno 1982-1983, pp. 93-107, disponible en: <http://e-spacio.uned.es/revistasuned/index.php/derechopolitico/article/download/8201/7852> [Consulta: 3/7/2014].

J. ALMAGRO NOSETE, "Nuevos Horizontes del Derecho a la Justicia", Discurso de apertura del Curso 76-77 en la UNED, publicado en Acto de Apertura Curso 76-77, Ministerio de Educación y Ciencia, UNED, y recogido en: *Consideraciones de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 133-149.

M. ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: especial consideración de los medios jurídico-civiles*, Recopilación de ponencias y comunicaciones, Consejo General del Poder Judicial, vol. II, Madrid, 1993, pp. 1049-1505.

R. ALONSO SOTO, "La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales", *Noticias trimestrales sobre competencia, volumen 19 (2012)*, Gómez-Acebo & Pombo, pp. 18-23, disponible: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf> [Consulta: 28/1/2015].

L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *El levantamiento del velo en el proceso civil*, Comares, Granada, 2011.

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Caso Prestige. Las demandas ante los distintos tribunales de justicia: realidad, intereses y alternativas" en M.P. GARCÍA RUBIO & S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (COORD.), *La*

responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige, Iustel, Madrid, 2007, pp. 277-279.

N. ÁLVAREZ LATA, "El daño ambiental, presente y futuro de su reparación (I)", *Revista de Derecho Privado*, nº 11, noviembre 2002, pp. 773-840.

N. ÁLVAREZ LATA, "El daño ambiental, presente y futuro de su reparación (II)", *Revista de Derecho Privado*, nº 12, diciembre 2002, pp. 865-888.

J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, San Sebastián, Servicio central de publicaciones del Gobierno vasco, 1993.

J.J. ÁLVAREZ RUBIO (DIR.), *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Universidad del País Vasco, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2011.

E.P. AMECHI, "Litigating right to healthy environment in Nigeria: an examination of the impacts of the Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules 2009, in ensuring access to justice for victims of environmental degradation", *Law Environment and Development Journal*, nº6/3, 2010, pp. 320-334, disponible en: <http://www.lead-journal.org/content/10320.pdf> [Consulta: 3/7/2015].

S. AMRANI-MEKKI, "El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil", en: F. CARPI Y M. ORTELLS RAMOS, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 135 y ss. Ponencia disponible en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/6tecme.pdf> [Consulta: 2/5/2015].

M. ANDERSON, "Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?", *Washburn Law Journal*, 41, 2001, pp. 399-426.

S. ANDERSON & J. CAVANAGH, "Top 200: The Rise of Corporate Global Power", Institute for Policy Studies, 2000, disponible en: <http://s3.amazonaws.com/corppwatch.org/downloads/top200.pdf> [Consulta: 12/4/2015].

R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 6ªed revisada, 2013.

A. ARAYA LEANDRO, "El proceso de internacionalización de empresas", *TEC empresarial*, vol. 3, ed. 3ª, 2009, pp. 18-25.

R. ARENAS GARCÍA, "La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos", *La Ley Unión Europea*, nº 22, enero 2015, pp. 1 y ss.

J.P. ARISTEGUI, "Competencia judicial y ley aplicable en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente transfronterizos: el régimen de la Unión Europea", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 16, julio 2011, pp. 45-74.

O. ARMENGOL, "La responsabilidad de las sociedades matrices por las conductas anticompetitivas de sus filiales", *Cátedra Pérez-Llorca Doctrina (Contencioso, Público y Regulatorio)*, Instituto de Empresa, Julio 2012, disponible en: <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20responsabilidad%20de%20las%20sociedades%20matrices%20por%20las%20conductas%20anticompetitivas%20de%20sus%20filiales.pdf> [Consulta: 20/3/2015]

M.L. ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupo de sociedades*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

J.M. ASECIO MELLADO, V. GIMENO SENDRA (DIR.) ET AL. , *Proceso Civil Práctico*, Tomo III, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

M. ATIENZA RODRÍGUEZ, "El futuro de la dogmática jurídica: a propósito de N. Luhmann", *El Basilisco: Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura*, nº 10, mayo-octubre 1980, pp. 63-69. Disponible en: <http://fgbueno.es/bas/pdf/bas11008.pdf> [Consulta: 3/4/2014].

D. AUGENSTEIN ET AL., Estudio sobre el marco jurídico en materia de derechos humanos y medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea, Universidad de Edimburgo, Informe elaborado para la Comisión Europea, 2010, versión completa en inglés: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf [Consulta: 3/3/2015].

D. AUGENSTEIN, "The Crisis of International Human Rights Law in the Global Market Economy", *Netherlands Yearbook of International Law*, nº 44, 2014, pp. 41-64.

J.L. AZCÁRRAFA, "Algunas reflexiones en torno al siniestro del Torrey Canyon", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, 1967-3, pp.165-184.

S.D. BACHMANN, *Civil responsibility for gross human rights violations, The need for a global instrument*, Pretoria University Law Press, Cape Town, 2007.

J. G. BACKHAUS, A. CASSONE, G. B. RAMELLO (COORD.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, 2012.

D.S. BACKST, "Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: the case for the Proposed Civil Liability Directive", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. XIX, nº 2, 1996, pp. 344-347, disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1283&context=iclr> [Consulta: 10/3/2015].

M. BADGE, "Transboundary Accountability for Transnational Corporations: Using Private Civil Claims", *Working Paper, Chatham House*, Marzo 2006.

T. BALLARINO, "Questions de droit international privé et dommages catastrophiques", *Recueil des Cours*, 1990-I, pp. 289 y ss.

T. BALLARINO, "Le Droit International Privé de l'Environnement – Questions de Procédure Civile e de Loi Applicable dans les États de L'Europe Occidentale", en: AAVV, *Internationales Umwelthaftungsgesetz I, Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationales Umwelthaftungsrecht*, Köln, 1995, pp. 111-128.

A. BALLESTEROS BARROS, *La responsabilidad de la sociedad dominante como administradora de hecho de un grupo de sociedades en Derecho Internacional Privado*, Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2008.

G. BALLESTEROS PINILLA, "La contaminación transnacional en el Reglamento Roma II", *Revista electrónica de derecho ambiental*, nº 21, 2010, disponible en: http://huespedes.cica.es/gimadus/21/01_taciana_marconatto_damo_cervi2.html [Consulta: 18/2/2015].

M. BANDERA, "La sentenza Owusu, il forum non conveniens e i conflitti di giurisdizione tra stati membri e stati terzi", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2007, pp. 1025-1052.

J. W. BARTLETT, "In re oil spill by the Amoco Cadiz - Choice of law and a pierced corporate veil defeat the 1969 Civil Liability Convention", *Tulane Maritime Law Journal*, Spring, 1985, pp. 1-24.

- U. BECK, *La Sociedad del Riesgo Global*, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- S. BÉLIER, "Access to Justice in Environmental Law Matters in France", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, pp. 47-64.
- P. S. BERMAN, "The globalization of jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, nº2, December 2002, pp. 311-529.
- P. BERT, "Class Actions in Germany: KapMug Extended until 2020, Modest Change of Scope", *Peter Bert's Blog about Litigation, Arbitration and Mediation in Germany*, 13 julio 2012, disponible en: <http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/#sthash.8txyLOYM.dpuf> [Consulta: 1/7/2014].
- G. BETLEM, *Civil Liability for Transfrontier Pollution, Dutch Evironmental Tort Law in International Cases in the Light of Community Law*, Graham&Trotman/ Martinus Nijhoff, London, 1993.
- U. BJÄLAS, "Experience of Sweden's Environmental Courts", *Journal of Court Innovation*, 2010, pp. 177-184.
- P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Art. 5" en: A.L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 119-130.
- P. I. BLUMBERG, "Limited Liability and corporate groups", *Journal of Corporate Law*, vol. 11, 1986, pp. 573-631.
- P.I. BLUMBERG, *Multinational Challenge to Corporation Law : The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York City, 1993.
- M. BODE, *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Ed. Peter Lang, Berna, 2010.
- C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Thomson Aranzadi, 4ª ed. Revisada, Pamplona, 2006.
- A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Giuffrè, Milán, 2012.
- A. BONOMI, "Globalización y Derecho internacional privado", en: J. M. DE FARAMIÑÁN GILBERT (coord.) *Globalización y comercio internacional*, Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesionales de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237.
- A. BONOMI, comentario en el blog *Conflict of Laws.net* en la entrada "Owusu and National Lis Pendens Doctrines", disponible en: <http://conflictoflaws.net/2013/owusu-and-national-lis-pendens-doctrines/> [Consulta 18/12/2013].
- L. BORÉ, *La Défense des Intérêts Collectifs par les Associations Devant les Juridictions Administratives et Judiciaires*, LGDJ, 1997.
- A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "La aplicación del reglamento Bruselas I a los domiciliados en terceros estados: los trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 795-814.
- A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and comercial

matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences”, *Yearbook of Private international Law*, vol. 8, 2006, pp. 37-52.

P. BOUREL, “Un nouveau champ d’exploration pour le droit international privé conventionnel: les dommages causés à l’environnement” en: AA.VV., *L’internationalisation du Droit*, Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn, Paris, Dalloz, 1994, pp. 93-106.

P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé”, *Recueil des Cours*, vol. II, 1989, pp. 251-398.

N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado” en: J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, pp. 293-306.

N. BOUZA VIDAL y M. VINAIXA MIQUEL, “La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos: Propuesta de regulación europea y Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. III, 2003, pp. 75-106.

M. BRONKERS & A. VALLERY, “No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law”, *World Competition* 34, nº4, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011, pp. 535-570.

L. M. BUJOSA VADELL, “La posición del juez en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”, en: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, nº 23, oct 2005. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=281 [Consulta: 5/11/2014].

C. BURDYSHAW, “¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo?”, *Justicia ambiental*, Diciembre 2012, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2272097> [Consulta: 8/7/2014].

B. BUSSON, “La réparation des atteintes à l’environnement: Le rôle des acteurs dans le nouveau dispositif: les ONG”, 24 de mayo de 2007, publicado *online* en la página de la Cour de Cassation francesa. Disponible en: http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/24-05-2007/24-05-2007_busson-1.pdf [Consulta: 24/10/2014].

A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

F. CADET, “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journal du Droit International*, nº 3, 2013, pp. 765-790.

N. CAFFERATTA, “Daño ambiental Jurisprudencia”, *Revista jurídica La Ley*, año LXIII, nº131, Buenos Aires, 2003.

R.J. CAIVANO, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration*, nº1, 2006, disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf [Consulta 12/12/2013].

R. CALDUCH, “Los actores transnacionales (II): Las empresas multinacionales”, en: *Relaciones internacionales*, Ed. Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, disponible online en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/lib1cap12.pdf> [Consulta: 21/1/2015].

A.L. CALVO-CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº21, 2003, pp. 49-69.

A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Comares, 15ª edición, Granada, 2015.

- A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Comares, 15ª ed., Granada, 2015.
- A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008.
- A.L. CALVO CARAVACA, Prólogo a la monografía de P. JUÁREZ PÉREZ, *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- A.L. CALVO CARAVACA Y P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003.
- B. CAMPUZANO DÍAZ, "Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº28, 2014, pp. 1-35.
- M.P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, "Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement", en: AA.VV., *Pour un droit économique de l'environnement*, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin, ed. Frison Roche, 2013, pp. 105-129.
- B. CAMPUZANO DÍAZ, "El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, nº 1, pp. 245-255.
- J. CANALS, *La internacionalización de la empresa*, McGraw-Hill, Madrid, 1994.
- R. CAPPALLI y C. CONSOLO, "Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry", *Temple International & Comparative Law Journal*, 6, 1992, pp. 217-233.
- M. CAPPELLETTI, "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 27, nº3, Juillet-Septembre, 1975, pp. 571-597.
- M. CAPPELLETTI, "Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution", en: M. CAPPELLETTI & B. GARTH (eds), *Access to Justice*, Vol. III, Emerging Issues and Perspectives, Sijthoff and Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, pp. 513 y ss.
- M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- S. CAPPELLI, *El Ministerio Público Fiscal y la protección ambiental*, pp. 177 -193. disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/5%20MINISTERIO%20PUBLICO%20FISCAL%20Y%20PROTECCION%20AMB/18%20Capelli%20El%20ministerio%20publico%20y%20proteccion%20amb.pdf> [Consulta: 10/10/2014].
- F. CAPOTORTI, Conclusiones, en el asunto Minas de Potasio de Alsacia, STJCE 30 noviembre 1976, 21/76, del Abogado General F. CAPOTORTI, *Rivista de Diritto internazionale privato e processuale*, 1977, pp.187- 199.
- I. CARACCILO, "La responsabilità internazionale dello stato per l'inquinamento dovuto all'esplorazione e dallo sfruttamento dei fondali marini", *Diritto Marittimo*, 1991, pp. 616-649.
- B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bolonia, 1990.
- L. CARBALLO PIÑERO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.

L. CARBALLO PIÑERO Y X. KRAMER, "The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge", *Erasmus Law Review*, vol 7, nº3, November 2014, Eleven international Publishing, pp. 109-113.

A. CARDESA-SALZMANN, "Acceso a los tribunales de los estados miembros de la UE para reclamar por daño ambiental causado en países terceros", en: A. PIGRAU SOLÉ (DIR.), *El acceso a la justicia de las víctimas de daños ambientales. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 305-323.

I. CARINHAS DE ANDRADE & GONZALO CAVALHEIRO, "Access to Justice in Environmental Law Matters in Portugal", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, pp. 121-138.

M. CARLÓN RUIZ, *Competencia territorial y responsabilidad extracontractual*, Cedecs Derecho, Barcelona, 1995.

F. CARPI, "Cenni sulla Tutela degli Interessi Collectivi nel Processo Civile e la Cosa Giudicata", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº3, 1974, pp. 957-961.

C. CARRASCO GARCÍA, "Res communes omnium: ¿categoría jurídica del Derecho romano con vigencia en la actualidad?", *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, año 3, nº35, 2011, pp. 19-36.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI", *Anales del Derecho*, nº 22, 2004.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento nº44/2001 de la UE", *DeCITA: Direito do Comércio Internacional*, nº3, 2005, pp. 400-406.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español", en: E. ARROYO I AMAYUELAS (DIR.), *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 365-390.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Daños punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado español y europeo", en: M.J. HERRADOR GUARDIA (COORD.), *Derecho de Daños*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 383-464.

J. CASAS, "El caso Prestige: ¿Puede causar una injusticia una sentencia ajustada a Derecho?", entrada en el blog *¿Hay Derecho?*, disponible en: <http://hayderecho.com/2013/11/18/el-caso-prestige-puede-causar-una-injusticia-una-sentencia-ajustada-a-derecho/> [Consulta: 21/5/2014].

A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDEN, *The Legal Liability of Dutch Parent Companies for Subsidiaries' Involvement in Violations of Fundamental, Internationally Recognised Rights*, 2009, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626225 [Consulta: 12/2/2015].

M. CASTILLO DAUDÍ, "Aegean Sea" en: J. JUSTE RUIZ y T. SCOVAZZI (coord.), *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 263-298.

A. D. CHANDLER, *Strategy and structure: chapters in the history of the industrial enterprise*, M.I.T. Press, 23º ed., Cambridge (Massachusetts), 2000.

W. CHAO, *Pollution from the carriage of oil by sea: liability and compensation*, Kluwer Law International, La Haya, 1996.

- M. CHECA MARTÍNEZ, "La aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano en Gibraltar", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998, pp. 297-302.
- M. CHECA MARTÍNEZ, "El trust angloamericano en Derecho español", *McGraw-Hill Interamericana de España*, Madrid, 1998, pp. 26-62.
- V. CHETAIL, "The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward", en: D. ALLAND ET AL (eds.), *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Prof. Pierre Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 105-130.
- J. CLAPP, "Global environmental governance for corporate responsibility and accountability", *Global Environmental Politics*, Vol. 5 nº 3, 2005, pp. 23-34.
- M. CLOUGH QC ET AL., *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, European Law Institute, December 2014, disponible en: http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/S-5-2014_Statement_on_Collective_Redress_and_Competition_Damages_Claims.pdf [Consulta: 27/12/2014].
- H. COLLINS, "The hybrid quality of European private law", en: R. BROWNSWORD, H. MICKLITZ, L. NIGLIA & S. WEATHERILL (eds.), *The foundations of European private law*, Hart, 2011, pp. 453 y ss.
- J.A. COLMENERO GUERRA, "Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales" en: *Nuevas Políticas Públicas, Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas – Los Derechos Sociales*, nº 2, 2006, pp. 284-307, disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_NOT_03_colmenero.pdf [Consulta: 6/7/2014]
- I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Monografías nº 259, Valencia 2003.
- C. A. COOPER, "The management of international environmental disputes in the context of Canada-United States Relations: A survey and evaluation of techniques and mechanisms", *Canadian Yearbook of International Law*, 1986, pp. 247-279.
- D. CORAPI, "Class actions and collective actions" en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 3-14.
- F. CORDÓN MORENO ET. AL. (COORD.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I (arts. 1 a 516), Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2ª edición, 2011.
- S. COROMINAS BACH, "Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)", *Revista General de Derecho Europeo*, nº34, 2014, pp. 9 y ss.
- V. CORTÉS DOMÍNGUEZ Y V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, Tirant lo Blanch, 7ªed., Valencia, 2013.
- N. CORTINA FLORES, "La responsabilidad ambiental transfronteriza de la empresa en el DIPr: el caso Europeo", *Abogado Corporativo*, año VI, nº 30, 2012, disponible en: <http://nuricortina.blogspot.com.es/2012/06/la-responsabilidad-ambiental.html> [Consulta 19/01/2014].
- A. M. COSIALLS UBACH, "La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España", *InDret*, Barcelona, octubre 2012, pp. 1-45.
- V. CREMADES GARCÍA Y L.L. ALACID BAÑO, "Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, vol. I, nº 2, marzo 2007, pp. 46-58.

A. CRESPO HERNÁNDEZ, La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal, Eurolex, Madrid, 1999.

R.O. DALQ, "La responsabilité civile et penale du pollueur en droit belge" en: Actes du colloque de la Section belge de l'Institut International de Droit de l'expression française, Les aspects juridiques de l'environnement, Namur, 1975.

A. H. DARRELL; "Killing the Rhine: Immoral but is it ilegal?", *Virginia Journal of International Law*, nº29, 1989, pp. 421 y ss.

C. DERYCKE & C.H. CARON, "Presentation of the bill introducing class actions in matters relating to health", *Hogan Lovells website*, 15/10/2014, disponible en: <http://ehoganlovells.com/rv/ff001acfd87d921ba90aec09734391b0d366cec7> [Consulta: 3/11/2014].

F. DE LA VEGA GARCÍA, "Imputación a sociedades matrices de la responsabilidad por las actuaciones anticompetitivas de sus filiales (Sentencia de hoy Tribunal General de la Unión Europea)", 12/12/2014, disponible en: <http://derechoycompetencia.blogspot.com.es/2014/12/imputacion-sociedades-matrices-de-la.html> [Consulta: 28/1/2015].

M. DESANTES REAL, La competencia judicial en la Comunidad Europea, Bosch, Barcelona, 1986.

G. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente", *La Ley*, nº 4125, 1996, pp. 1 y ss.

L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 4ª edición, Madrid, 1993.

M. DROSS, "Access to Justice in Environmental Law Matters in Germany", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, pp. 65-81.

A.S. DUPONT, Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, Schulthess, Genève, 2005.

P.M. DUPY, "L'État et la réparation des dommages catastrophiques", en: F. FRANCONI Y T. SCOVAZZI (eds.), International Responsibility for Environmental Harm", Graham & Trotman, Londres, 1991, pp. 134 y ss.

J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, "Líneas generales de los problemas de los grupos en el Derecho laboral", *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, nº 2, 2001, pp. 21-39.

F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, "Limited Liability and the Corporation", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, nº1, 1985, pp. 89-117, disponible en: www.jstor.org/stable/1599572 [Consulta: 5/2/2014].

J. EBBESSON (ed), Access to Justice in Environmental Matters in the EU, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

J. EGEA FERNÁNDEZ, "Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente" en: AA.VV., J. ESTEVE PARDO (coord.), Derecho del medio ambiente y Administración Local, Civitas, Madrid, 1996, pp. 63-97.

M. A. EIZENGA & P. K. BELL, "Class actions now available in Belgium", Junio 2014, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ca5ec16d-50d4-44b8-ac51-c956b1cb8dd9> [Consulta: 30/10/2014].

M. ELIANTONIO, CH. W. BACKES, R. VAN RHEE, T. SPRONKEN, A. BERLEE, Standing up for your right(s) in Europe: Locus Standi, A comparative study on legal standing before the EU and member states' courts. European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2012.

J.M. EMBID IRUJO, "Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 53-68.

J.M. EMBID IRUJO (DIR.), Introducción al Derecho de sociedades de capital, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

J.M. EMBID IRUJO, "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de novena directiva)", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5 junio 1989, pp. 376 y ss.

J.M. EMBID IRUJO, "Trends and Realities in the Law of Corporate Groups", *European Business Organization Law Review*, 1, 30 March 2005, pp. 65-91.

J.M. EMBID IRUJO, "Protección de acreedores, grupos de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9016)", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº11, 1999, pp. 363 -373.

J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organizaçao jurídica da empresa plurissocietária, 2ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2002.

J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, Liability of corporate groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994.

J. A. ENGRACIA ANTUNES ET AL., Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, Bruselas, 25 marzo 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf [02/02/2015].

L. ENNEKING, "Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European Foreign Direct Liability Cases", *The George Washington International Law Review*, vol. 40, 2009, pp. 903- 938.

M. EROGLU, Multinational Enterprises and Tort Liability, Edward Elgar Publishing, 2008.

G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Catástrofes ambientales y Derecho internacional privado: el caso *Boliden* continúa", en J.M. SOBRINO HEREDIA (coord.): Mares y océanos en un mundo en cambio. Tendencias jurídicas, actores y factores. XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 septiembre de 2005, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 605-607.

X. EZEIZABARRENA, "La tutela jurídica del medio ambiente", El hombre y el medio ambiente, XIV Jornadas Ambientales, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, pp. 91-106.

K. FACH GÓMEZ, La contaminación transfronteriza en Derecho Internacional Privado. Estudio de Derecho aplicable, Bosch, Barcelona, 2002.

K. FACH GÓMEZ, "The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: from the European Autonomous System to Rome II", *Swiss Yearbook of Private International Law*, 2002, pp. 291-318.

K. FACH GÓMEZ, "Acciones Preventivas en supuestos de contaminación transfronteriza y aplicabilidad del artículo 5.3 Convenio de Bruselas", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 1999, pp. 583-607.

K. FACH GÓMEZ, "Competencia judicial internacional en materia de acciones preventivas: Interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias de la Unión Europea*, nº 225, octubre 2003, año XIX, pp. 83-91.

D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ED.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

D. FAIRGRIEVE & G. HOWELLS, "Collective redress procedures: European debates", en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 15-40.

M. FALLON & T. KRUGER, "The spatial scope of EU's rules on jurisdiction and enforcement of judgements: from bilateral modus to unilateral universality?", *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012/13, pp.1-37.

J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS & P. NORTH, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

J. FEICHTINGER ET AL., Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU national report for Austria, Wien, 2010, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_austria_en.pdf [Consulta: 15/5/2015].

D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana" en: ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS), XXXIII Course on International Law 2006, Rio de Janeiro, 2007, pp. 293-326, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fernández%20A.%20def.BIS.pdf> [Consulta 12/12/2013].

D. FERNÁNDEZ ARROYO, "Exorbitant and exclusive grounds of jurisdiction in European Private International Law: Will they ever survive?", en: AA.VV., *Festschrift für Erik Jayme*, European Law Publishers, 2004, pp. 169-186.

M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006.

I. FERNÁNDEZ MARKAIDA, *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº9, 2000, pp. 7-32.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 7ª edición, 2013.

J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", *Cuadernos de Derecho Judicial* (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997. pp. 59-158.

F. FERRARI, "Forum shopping in the international commercial arbitration context: Setting the stage" en: F. FRANCONI (ED.), *Forum shopping in the international commercial arbitration context*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2013, pp. 1-21.

A. FERRERES COMELLA, "Las acciones de clase ("class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº 11, 2005, pp. 38-48.

J.A. FONTANILLA PARRA, "Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita", *Diario La Ley*, nº 5740, año XXIV, mayo 2003, pp. 1-10.

M. FONT I MAS, "La ineficacia de los reglamentos europeos en la determinación de la responsabilidad de las multinacionales por daños acaecidos en terceros Estados", ponencia dictada en el Seminario de investigación de la Universitat Jaume I y de la Universitat Rovira i Virgili, "Human Rights in Business", Tarragona, 28 y 29 Mayo 2015 (no publicada).

A. FONT I SEGURA, "La disociación y los daños indirectos en la aplicación del artículo 5.3 del Convenio de 1968 de Bruselas: sentencia del TJCE de 11 de enero de 1990", *Noticias CEE*, nº 66, 1990, pp. 131-136.

F. FRANCONI, "International Human Rights in an Environmental Horizon", *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº1, 2010, pp. 41-55.

F. FRANCONI Y T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, Londres, 1991.

V. FUENTES CAMACHO, "Principio de proximidad y precisión del forum delicti commissi en las hipótesis de pluralidad de daños sobrevenidos en distintos Estados", *La Ley - Comunidades Europeas*, año XIII, nº77, 27 noviembre 1992, pp. 1-8.

B.A. GADNER, *Black's Law Dictionary*, 8ª Edición, Thomson West, 2004, pp. 3282 y ss.

G. GAILLARD Y L. NEYRET, "Recueil de décisions relatives au dommage environnemental" en: L. NEYRET Y G.J. MARTIN, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, L.G.D.J., 2012.

F. GALGANO, "Los grupos societarios", *Revista Foro de Derecho Mercantil*, nº 1, octubre-diciembre de 2003, Editorial Legis, Bogotá, 2003, pp. 7-37.

P. GALIZZI, "Questions of Jurisdiction in the Event of a Nuclear Accident in a Member State of the European Union", *Journal of Environmental Law*, 1996, pp. 71-97.

F. GARAU SOBRINO, "Entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro", entrada del *Blog Conflictus Legum*, 23 junio 2015, disponible en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/06/entrada-en-vigor-del-convenio-de-la.html> [Consulta: 25/6/2015].

F. GARAU SOBRINO, "Nace el nuevo reglamento Bruselas I", *Blog Conflictus Legum*, 20 diciembre 2012, disponible en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2012/12/doue-de-20122012-nace-el-nuevo.html> [Consulta: 12/09/2013].

F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de Les Illes Balears, 2ª Ed. Revisada, Palma, 2008.

J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Capacidad, postulación y legitimación de las partes del proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2009.

L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell (Nigeria)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº2, 2013, pp. 548-583.

J.A. GARCÍA LÓPEZ, "El concepto de "materia civil y mercantil" en el Convenio de Bruselas y su formulación en la reciente jurisprudencia del TJCE", *Diario La Ley*, año XXIV, nº 5883, 31 octubre 2003, pp. 1-8.

M.P. GARCÍA RUBIO, "La mercantilización del Derecho civil. A propósito del controvertido Anteproyecto de Código Mercantil", conferencia dictada en el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía día 23 de marzo.

A. GARCÍA URETA, "Aspectos sobre el Acceso a la Justicia en el Convenio de Aarhus y su incidencia sobre el Derecho comunitario", Ponencia presentada en el INAP en el seminario

titulado Derecho al conocimiento y acceso a la información en las políticas de medio ambiente, celebrado del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.eitelkartea.com/dokumentuak/3.kapitulua4.pdf> [Consulta: 22/10/2014].

F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La racionalidad económica del derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 89-154.

F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro: autonomía privada y competencia judicial internacional", *Diario La Ley*, nº 8423, 18 de noviembre de 2014 (consultada la versión online).

F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, "El nuevo Reglamento el reglamento 44/2001: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº48, Civitas, 2013, pp. 9-35.

F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007.

J. F. GARNICA MARTÍN, "Las acciones de grupo en la LEC 1/2000", *Diario La Ley*, octubre 2001, pp. 1 y ss.

F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010.

C. GATEAU & A. DIALLO, "How does the new French class actions law fit in the EU framework?", *Lexology*, 24 julio 2014, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5d60d9ff-261a-49fc-975c-363e1124c80e> [Consulta: 30/10/2014].

H. GAUDEMMENT – TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et Lugano (1988 et 2007)*, 4ªed, L.G.D.J., París, 2010.

A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), "La contaminación causada por Shell en el Delta del Níger: lo bueno, lo malo y la búsqueda incesante de la justicia", 5/02/2013. Disponible en: <http://livewire.amnesty.org/es/?p=7293&preview=true/> [Consulta: 10/02/2013].

J. GEORGE FRYNAS, "Legal Change in Africa: Evidence from Oil-Related Litigation in Nigeria", *Journal of African Law*, Vol. 43, nº 2., 1999, pp. 121-150.

A. GIDI Y E. FERRER (COORD.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, 2ª ed., México D.F., 2004.

A. GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 151., México D.F., 2004.

A. GIDI, *Acciones de grupo y "amparo colectivo" en Brasil. la protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, disponible en: <https://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc> [Consulta: 29/6/2014].

J.V. GIMENO SENDRA Y J. GARBERÍ LLOBREGAT, "La protección procesal del medio ambiente", *Poder Judicial*, nº 37, 1995, pp. 141-158.

- P. GIRARDO PERANDONES, La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- P. GIRARDO PERANDONES, La empresa de grupo y el derecho de sociedades, Comares, Granada, 2001.
- A. GIUSSANI, Studi Sulle "Class Actions", CEDAM, Padua, 1996.
- B. GOLDMAN Y P. FRANCESCAKIS (dir.), L'entreprise multinationale face au droit, París, 1977.
- F. GÓMEZ DE LIAÑO, "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº3, 1986, pp. 549-576.
- C. GÓMEZ LIGÜERRE, "Quien contamina paga...si alguna jurisdicción es competente para condenarlo", *InDret* 2/2012, pp. 2-29, disponible en: http://www.indret.com/pdf/893_es.pdf [Consulta: 10/11/2013].
- L. GOMIS CATALÁ, Responsabilidad por daños al medio ambiente, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante 1996.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, El trust: la institución anglo-americana y el Derecho internacional privado, Bosch, Barcelona, 1997.
- J.J. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina, PNUMA, 2012, pp. 36-42. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/pdf/La%20Responsabilidad%202012.pdf> [Consulta: 8//2014].
- N. GOÑI URQUIZA, "La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1 (marzo de 2011), pp. 290-295.
- L. GORYWODA, N. HATZIMIHAIL & A. NUYTS, "Introduction: Market Regulation, Judicial Cooperation and Collective Redress" en: A. NUYTS & N. HATZIMIHAIL (eds.), *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014, pp. 1-58.
- H. GRIEDER MACHADO, "El desarrollo del proceso" en: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO ET AL., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 131 y ss.
- A. GUERRA Y E. PEINADO, "La responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de las normas de defensa de la competencia cometidas por sus filiales", *Actualidad Jurídica - Uría Menéndez*, nº 31/2012, pp. 61-65, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3361/documento/foro01.pdf?id=3876> [Consulta: 28/1/2015].
- P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, La tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999.
- P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", en: F. CORDÓN MORENO ET. AL. (COORD.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters- Aranzadi, vol. I (arts. 1 a 516), 2ª edición, Pamplona, 2011.
- P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Group Litigation in Spain", *The Globalization of Class Actions*, Stanford University, 2007, pp. 1-20, disponible en: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/spain_national_report.pdf [Consulta: 10/12/2014].
- A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ Y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Nuevas perspectivas en la aplicación de las normas de Defensa de la Competencia por la jurisdicción civil", *Actualidad Jurídica Uría &*

Menéndez, nº 1/2002, pp. 39-55.

T. HADDEN, "Corporate Groups", *International Journal of the Sociology of Law*, nº 12, 1984, pp. 271 -276.

A. HALFMEIER & E. FEES, "The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG) – A European Role Model For Increasing the Efficiency of Capital Markets? Analysis and Suggestions for Reform", 2012, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684528 [Consulta: 1/7/2014].

J. HANDRLICA, "The Brussels I Regulation and responsibility for nuclear damages", *Nuclear Law Bulletin*, nº 86, 2010/2, pp. 29-48. Disponible en: <https://www.oecd-nea.org/law/nlb/NLB-86-E.pdf> [Consulta: 7/5/2014].

J. HANDRLICA, "Exclusive Jurisdiction vs. Forum Shopping in European Nuclear Liability Law", *International Journal of Nuclear Law*, Vol. 3, nº2, July 14, 2010, pp. 96-111.

H. HANSMANN Y R. KRAAKMAN, "Towards unlimited shareholder liability for corporate torts", *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 1879-1934.

T. HARDMAN RAIS, *Compensation for Environmental Damage under International Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.

V. HARSAGI & C.H. VAN RHEE (EDS.), *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Ius Commune: European and Comparative Law Series, vol. 133, Intersentia, Amberes, 2014.

N. HATZIMIHAİL & A. NUYTS, *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014.

N. HATZIMIHAİL, "Collective redress and global governance", en: : N. HATZIMIHAİL & A. NUYTS , *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014, pp. 315- 327.

M. DE LAS HERAS Y OJEDA, "Responsabilidad ambiental: Derecho español y comunitario", *Curso Experto* 25 julio 2007, disponible en: http://huespedes.cica.es/gimadus/17/05_respon_ambiental.html#iv3 [Consulta: 19/10/2014].

I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002.

A. HERRERO DE LA FUENTE, "La protección internacional del derecho a un medio ambiente sano", en A. BLANC ALTEMIR (Ed.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, ed. Tecnos, Madrid, 2001.

B. HESS, T. PFEIFFER & P.SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation: Application and Enforcement in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

B. HESS, T. PFEIFFER Y P. SCHLOSSER, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States, September 2007, Study JLS/C4/2005/03* disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf [Consulta 22/01/2014].

B. HESS, "Collective redress and the jurisdictional model of Brussels I Regulation", en: A. NUYTS & N. HATZIMIHAİL (eds.), *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014, pp. 59- 68.

C. HO THAM, "Piercing the corporate veil: searching for appropriate choice of law rules", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2007, pp. 22-43.

C. HODGES, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Hart Publishing, 2008.

M. DE HOYOS SANCHO, "Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías", *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 2, 2003, pp. 1562-1570.

J.P. HUGON & P. LUBEK, *Rapport d'expertise et de propositions sur le dispositif juridique et financier relatif aux sites et sols pollués*, Paris, Avril 2000, disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004001319/0000.pdf> [Consulta: 4/4/2015].

L. HUICI Y M.A. ELIZALDE, *Derechos humanos y cambio climático*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Serie Carta de derechos humanos emergentes, nº5, p. 8, 2008. disponible en: http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_05.pdf [Consulta: 27/03/2014].

F. IBILI, "At last: The EC Court of Justice on Forum Non Conveniens", *Netherlands International Law Review*, vol. 53, 2006, pp. 127-139. Disponible en: <http://dspace.uvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/23245/198152.pdf?sequence=1> [Consulta: 12/02/2013].

D. IGLESIAS MÁRQUEZ, "Cross-border Civil Litigation for Environmental Damages Committed Abroad by Multinational Corporations: The Dutch Shell Nigeria Case", *Cuadernos ASADIP-Jóvenes investigadores*, nº1, primer semestre 2015, pp. 93-113.

J.L. IGLESIAS PRADA, "La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal" en: C. PAZ-ARES (Dir.), *Tratado de la sociedad limitada*, Madrid, 1997, pp. 1001 y ss.

N. JÄGERS, "Colloquium on the Liability of Multinational Corporations under International Law, 29 and 30 April 1999, Rotterdam, The Netherlands", *International Law FORUM du droit international*, Vol. 1, nº 3, pp. 181-183.

N. JÄGERS & M. J. C. VAN DER HEIJDEN, "Corporate human rights violations: The feasibility of civil recourse in The Netherlands", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, nº3, pp. 833-870. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1351768> [Consulta: 28/02/2013].

J. JARIA I MANZANO, *El sistema constitucional de protecció del medi ambient*, Institut d'Estudis Atonòmics, Barcelona, 2005.

Y. JEGOUZO (DIR.) ET AL., *Pour la réparation du prejudice écologique*, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, ,Ministre de la Justice, 17 septembre 2013, disponible en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf [Consulta: 20/10/2014].

H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, "The *Sandoz* Blaze: The Damage and the Public and Private Liabilities", en: F. FRANCONI Y T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, Londres, 1991, pp. 439-441.

M. JIMENO BULNES (COORD.), *Nuevas Aportaciones al Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad, Hacia un Derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014.

B. JONES, "Deterring, Compensating and Remediating Environmental Damage", en: P. WETTERSTEIN (ED.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 11-27.

E. JORDÁ CAPITÁN, *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

J. JORDANO FRAGA, "Responsabilidad por daños al medio ambiente", *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 427-459;

disponible en:
http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1122/medio_ambiente_26_jordano.pdf?sequence=1 [Consulta: 20/05/2012].

J. JORDANO FRAGA, "El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva", *Persona y Derecho*, nº 6, 1996, pp. 121-152.

F.K. JUENGER, "Forum shopping, Domestic and international", *Tulane Law Review* nº 63, 1989, pp. 553 y ss.

F.K. JUENGER, "Environmental damage" en: C. MCLACHLAN Y P. NYGH (EDS.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 201-214.

J. JUSTE RUIZ Y M. CASTILLO DAUDÍ, *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

J. JUSTE RUIZ, "Chernobil", en: T. SCOVAZZI y J. JUSTE RUIZ (coord.), *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 147-171.

D.R. KAHAN, "Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective", *Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2009, pp. 1085-1100.

S.L. KARAMANIAN, "Public international law versus Private international law: Reconsidering the distinction", *XL Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Internacional de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 2014, pp. 33-46.

C. KESSEDJAN, "International jurisdiction and foreign judgements in civil and commercial matters", Preliminary document of April 1997, num. 7 for the attention of the Special Commission of June 1997 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgements in civil and commercial matters, No. 138, Hague Conference of Private international Law.

C. KESSEDJIAN, J. VAN DE VELDEN & E. HO, en representación de la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Final Report on International Civil Litigation for Human Rights Violation, Sofia Conference, August 2012, disponible en: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/D7AFA4C8-E599-40FE-B6918B239B949698> [Consulta: 10/5/2014].

L. KIESTRA, "Art. 1 ECHR and Private International Law", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1/ 2011, pp. 3-7.

L. KIESTRA, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, Asser Press, The Netherlands, 2014.

A. KISS Y D. SHELTON, *International Environmental Law*, Transnational Publishers y Graham & Trotman, Nueva York y Londres, 1991.

A. C. KISS, "L'affaire d'Amoco Cadiz: responsabilité pour une catastrophe écologique", *Journal du Droit International*, vol. 112, 1985, pp. 575 y ss.

A.C. KISS, "L'accident de Tchernobyl et ses consequences au point de vue du droit international", *Annuaire Française de Droit International*, 1986, pp. 139-152

P. KLEIN, "La soixante-septième session de l'Institut de Droit International", *Revue Belge de Droit International* 1996/1, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 267-292.

F. KNOEPFLER, PH. SCHWEIZER, "Tchernobyl Action ouverte en Suisse for et droit aplicable", en: B. DUTOIT ET AL., *Pollution transfrontière= Grenzüberschreitende Verschmutzung: Tschernobyl*, Schweizerhalle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, pp. 33-53.

B.A. KOCH, "Multiple Tortfeasors in Mass Tort Cases" en: W. H. VAN BOOM & G. WAGNER (EDS), *Mass Torts in Europe, Cases and Reflections*, De Gruyter, Tort and Insurance Law vol. 34, Berlin, 2014, pp. 173-197.

H. KOCH, "Group and Representative Actions in West German Procedure" en: *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal*, 1990, pp. 27-40.

R. KOOLEN, "Argentina. La responsabilidad por daños ambientales" en: PNUMA, *La responsabilidad por daño ambiental*, 2012, pp. 28- 45, disponible en: www.pnuma.org/.../No.5LaResponsabilidadporDañoAmbiental.doc [Consulta: 8/7/2014].

X. KRAMER, "Commission recommendations in collective redress", *Conflict of Laws. Net.*, June 11, 2013. Available at: http://conflictoflaws.net/2013/commission-recommendations-collective-redress/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29. [Consulta: 12/06/2013].

P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 196, 1986, pp. 150 y ss.

S. LEADER ET AL., *Corporate Liability in a new setting: Shell and the changing legal landscape for the multinational oil industry in the Niger Delta*, Essex Business and Human Rights Project Report, 2012, disponible en: <https://www.essex.ac.uk/ebhr/documents/niger-delta-report.pdf> [Consulta: 13/5/2013].

S.N. LEBEDEV, "Arbitration provisions in treaties concerning particular spheres of international business and other private relations", *ICCA Hamburg Arbitration Congress*, 1982, pp. 103 y ss.

E. LEIN, "Focus on collective redress –Germany", *British Institute of International and Comparative Law Website*, disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/germany/financialmarketlaw> [Consulta: 29/10/2014].

E. LEIN, "Cross border collective redress and jurisdiction under Brussels I: a mismatch", en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 129-140.

P.H. LINDBLOM, *National Report: Group Litigation in Sweden*, December 2007, disponible en: https://www.law.stanford.edu/sites/default/files/event/261321/media/slspublic/Sweden_National_Report.pdf [Consulta: 24/6/2014].

D. LOPERENA ROTA, *Los principios de Derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998.

D. LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas, 1996.

D. LOPERENA ROTA & G. BALLESTEROS PINILLA, "El ejercicio de acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente", *Revista jurídica de Castilla y León* nº26, enero 2012, pp. 177-210.

D. LOPERENA ROTA, "Administración pública y restauración ambiental", *Revista Actualidad Jurídica de Aranzadi*, nº 634, 2 de septiembre de 2004, pp. 1-7.

D. LÓPEZ, *La responsabilidad laboral de las empresas multinacionales*, Oxfam, Santiago de Chile, 2008, disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/contenido/distancia/integracion/modulo-3-empresas-multinacionales.pdf> [Consulta: 13/1/2015].

F. LÓPEZ MENUDO, "Concepto constitucional de medio ambiente. El reparto competencial", en: AA.VV., *Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública*, Estudios de Derecho Judicial nº56, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 13-72.

F. LÓPEZ RAMÓN, "Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 95, 1997, pp. 347-364.

J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada, 2011.

L. LÓPEZ-TELLO Y DÍAZ-AGUADO, "Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros", en: J.J. RUBIO GUERRERO Y M. GUTIÉRREZ LOUSA (dir.), *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pp. 1047-1064.

B. LOZANO CUTANDA Y A. LAGO CANDEIRA, "El derecho ambiental de la Unión Europea" en: B. LOZANO CUTANDA (DIR.), *Tratado de Derecho ambiental*, CEF, Madrid, 2014, pp. 124 y ss.

B. LOZANO CUTANDA Y A. LAGO CANDEIRA, "La protección constitucional del medio ambiente", en: B. LOZANO CUTANDA (DIR.), *Tratado de Derecho ambiental*, CEF, Madrid, 2014, pp. 183 y ss.

L. LUCCHINI, "Le renforcement du dispositif conventionnel de lutte contre la pollution des mers", *Journal du droit international*, 101, 1974, nº 4, pp. 755-793.

A. LUNA YERGA, "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria", *InDret* 04/2003, octubre 2003, pp. 1-27.

M. MACIEJEWESKI, *Overview of the existing collective redress schemes in EU Member States*, Policy Department A: Economic & Scientific Policy, European Parliament, July 2011, disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> [Consulta: 20/10/2014].

A. MAGAISA, "Corporate Groups and Victims of Corporate Torts- Towards a new Architecture of Corporate Law in a Dynamic Marketplace", *Law, Social Justice & Global Development Journal* 2002/1, University of Warwick, November 2002.

U. MAGNUS & P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, 2nd Revised Edition, Sellier - European Commentaries on Private International Law, Munich, 2012.

R.P. MALLOY, *Derecho y Economía de Mercado. Una nueva interpretación de los valores del Derecho y de la Economía*, Marcial Pons, 2007.

L.A. MALONE, "The Chernobyl Accident: A Case Study in International Law Regulating State Responsibility for Transboundary Nuclear Pollution", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 12, nº 203, 1987, pp. 203-241.

R.M. MANÓVIL, *Grupos de sociedades en Derecho comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

S. C. MCCAFFREY, "Liability for Transfrontier Environmental Harm: The relationship between Public and Private international law" en: C. VON BAR (ed.), *Internationales Umwelthaftungsrecht, Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationalen Umwelthaftungsrechts*, Heymanns, Köln, 1994, pp. 81-104.

B. MCRAE, "La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires et l'harmonisation du régime de responsabilité civile nucléaire dans l'Union européenne", *Bulletin de Droit Nucléaire*, nº 87, 2011/1, pp. 83 -100.

L. MARI, "Le droit international privé dans l'espace européen dénationalisé", conferencia impartida en: *Journée en l'honneur de Tito Ballarino: La dimensión culturelle du droit international privé*, 13 juin 2014, Institut suisse de droit comparé, Lausanne (Suiza), no publicada.

L. MARI: "Jurisdiction of the European Union and third states; theoretical points of reference" en: I. PRETELLI & L. HECKENDORN (eds.), Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes, Document requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Parliament, March 2014, pp. 13-20.

A. MARÍN LÓPEZ, La responsabilidad internacional objetiva y la responsabilidad internacional por riesgo, Eurolex, Madrid, 1995.

J.J. MARÍN LÓPEZ, "Las acciones de clase en el Derecho español", *InDret*, 03/2001, julio 2001, pp. 2-13, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80689/105025> [Consulta: 23/6/2014].

G. MARTIN, "La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano", *Revue Juridique de l'Environnement*, 1994, nº 2-3, pp. 115-136.

G. MARTIN, "La réparation du dommage écologique et les sites contaminés: les perspectives de la convention du Conseil de l'Europe" en: M. PRIEUR (dir.), Sites contaminés en droit comparé de l'environnement, Pulim, Limoges, 1995.

G. MARTIN, "L'entrée de la réparation du préjudice écologique dans le Code Civil : les projets en Droit français", *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, nº 4, abril 2014, pp. 15063(1)-15063 (6), disponible en: <http://editionslarcier.larciergroup.com/resource/larcierfr/pdf/RGAR042014intro.pdf> [Consulta: 23/10/2014].

R. MARTÍN MATEO, Tratado de Derecho Ambiental, vol. I, Trivium, Madrid, 1990

R. MARTÍN MATEO, La revolución ambiental pendiente, Lección inaugural del curso 1999-2000, Universidad de Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, p. 2.A., disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor-din/la-revolucion-ambiental-pendiente--0/html/> [Consulta: 29/5/2015].

O. MARTÍN-ORTEGA, Empresas Multinacionales y derechos humanos en Derecho internacional, Bosch ed., Barcelona, 2008.

J. MARTÍN OSTOS (COORD.) ET AL, El Derecho procesal en el Espacio Judicial Europeo, Estudios dedicados a F. Gutiérrez-Alviz Conradi (*Liber amicorum*), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 125-150.

L. MARTÍN REBOLLO, "Medio ambiente y responsabilidad de la Administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 11, 1976, pp. 639-652.

L. MARTÍNEZ RUIZ, "Aproximación a la regulación de los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil", *e-Dictum* nº22, octubre de 2013, disponible en: <http://dictumabogados.com/files/2013/10/Doctrina-1c.pdf> [Consulta: 29/01/2015].

S. MARTIN SANTISTEBAN, "La regulación de la figura del trust en Europa", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 133-151.

L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, "La protección civil del medio ambiente", Conferencia dictada en el Comité económico y social de la Comunidad Valenciana, disponible en: <http://www.ces.gva.es/pdf/conferencias/01/5.pdf> [Consulta 9/7/2014].

M. MARTÍNEZ VERGARA Y S.H. TRUJILLO HERNÁNDEZ, Las acciones populares en Colombia, 2001, Pontificia Universidad Javeriana, disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis26.pdf> [Consulta: 30/9/2014].

J. MARTRAY, "Les leçons de la catastrophe de l'Amoco Cadiz", *Environmental Policy and Law*, 1978-4, pp.172-177.

J. MAURO, "Les retombées juridiques du sinistre de Tchernobyl", *La Gazette du Palais*, 1986-2, pp. 651-653.

L.J. MCCONNELL, "Establishing liability for multinational corporations: lessons from Akpan", *International Journal of Law and Management*, vol. 56, n°2, 2014, pp. 88-104;

R. MCPHERSON & N. S. RAJA, "Corporate justice. An empirical study of piercing rates and factors courts consider when piercing the corporate veil", *Wake Forest Law Review*, vol. 45, n° 3, 2010, 39 pp., disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1585820> [Consulta: 13/3/2015].

P. MEIRA LOURENÇO, "Experiência em Portugal" en: Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in Europe?, Brussels, 12.07.2011; disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf> [Consulta: 1/7/2014].

F. MEMBREZ, Legal remedies in the face of human rights violations and environmental damage committed by subsidiaries of Swiss corporations, Geneva, 2012, disponible en: http://www.corporatejustice.ch/media/medialibrary/2012/06/membrez_executive_summary_def_en.pdf [Consulta: 1/3/2015].

N.A. MENDELSON, "A control-based approach to shareholder liability for corporate torts", *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, pp. 1203-1303, disponible en: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1674&context=articles> [Consulta: 15/3/2015].

A. MERIALDI, "Patmos y Haven", en: J.JUSTE RUIZ y T. SCOVAZZI (coord.), La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 122-123.

K. M. MESSEEN (ed.), Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice, Kluwer Law International, London, 1996.

M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, "The Prestige in Courts", *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 21, 2007, pp.171-177.

M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, El Derecho Internacional Privado en los Tiempos Hipermodernos, Dykinson S.L, Madrid, 2012.

A. MICKONYTE, "Joint Liability of Parent Companies in EU Competition Law", *LSEU*, Vol. 1, 2012, pp. 33-69.

P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 37-87.

P. DE MIGUEL ASENSIO, "Responsabilidad civil de los grupos multinacionales", *Blog de Pedro de Miguel Asensio*, 23 abril 2009, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2009/04/responsabilidad-civil-de-los-grupos.html> [Consulta: 3/4/2015].

P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley*, Año XXXIV, n° 8013, 31 de enero de 2013, disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> [Consulta: 27/02/2013].

P. DE MIGUEL ASENSIO, "La propuesta de Código Mercantil: un apunte sobre su ámbito de aplicación", *Blog Pedro De Miguel Asensio*, 21 junio 2014, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/06/la-propuesta-de-codigo-mercantil-un.html> [Consulta: 24/2/2015].

P. DE MIGUEL ASENSIO en "Comentario crítico de las reglas de competencia judicial internacional en el orden civil del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril", entrada de

5/4/2014 en su blog: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/04/comentario-critico-de-las-reglas-de.html> [Consulta: 9/6/2014].

C. DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 1997.

C. DE MIGUEL PERALES (coord.), *Guía práctica de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Uría y Menéndez, Diciembre 2007. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2697/documento/GuiaUM.pdf?id=2930> [Consulta: 9/7/2014].

P. MØGELVANG-HANSEN (dir.), *Civic Consulting, Country Report Denmark*, 1/8/2008, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/da-country-report-final.pdf [Consulta: 20/10/2014].

J. MONTERO AROCA ET AL., *Derecho Jurisdiccional II (El proceso civil)*, 22ª ed., Valencia, 2014.

J. MONTERO AROCA, "Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en: A. VIGURI PEREA, M.J. ADALID HINAJEROS (Dir.), *VI Conferencias sobre el medio ambiente: Acciones para la preservación del medio ambiente*, Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, Castellón, 2003, disponible en: <http://www.ces.gva.es/pdf/conferencias/06/conferencia8.pdf> [Consulta: 26/03/2014].

J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

T. MORAIS LEITAO, *Civil liability for environmental damage: a comparative survey of harmonised European legislation*, European University Institute, Florence, 1995.

MORALES Y SANCHO ABOGADOS, *Manual práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1995.

E. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991

C.G.J. MORSE, "Not in the public interest?", *Texas International Law Journal*, vol. 37, February 2012, pp., 541-558.

P. MOSCOSO RESTOVIC, *Competencia judicial internacional para daños civiles asociados a daños ambientales*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, disponible en: <http://eprints.ucm.es/24943/1/T35279.pdf> [12/6/2014].

P. MOSCOSO RESTOVIC, "Principio *favor laesi* y parte más débil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 134, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 571-594.

P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, Oxford, 1999.

P. MUCHLINSKI, "Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and The United Kingdom Asbestos Cases", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, January 2001, pp. 1-25.

P.T. MUCHLINSKI, "Limited Liability and Multinational Enterprises: a case for reform?", *Cambridge Journal of Economics*, nº34, 2010, pp. 915-928.

H. MUIR WATT Y D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2015.

H. MUIR WATT, "The trouble with cross-border collective redress", en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 119-128.

- R. MULDOON, D.A. SRIVEN Y J.M. OLSON, *Cross-Border Litigation. Environmental Rights in the Great Lakes Ecosystem*, Carswell, Toronto, 1986.
- R.P. MULHERON, "Cost shifting, Security for Costs and Class Actions", en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN, *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 192 y ss.
- R.P. MULHERON, "Costs and funding of collective actions: realities and possibilities", A Research Paper for submission to the European Consumers' Organisation (BEUC), febrero 2011, pp. 1-140, disponible en: <http://www.law.qmul.ac.uk/docs/staff/department/71112.pdf> [Consulta: 12/1/2015].
- V. C. NAMBALIA, "Global Environmental Liability: Multinational Corporations under Scrutiny", *Exchanges: Warwick Research Journal* vol.1, nº2, 2014, pp. 181-204.
- F. NEBOT LOZANO, "Las entidades de tenencia de valores extranjeros", Trabajo presentado al VII-A Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2006, disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/04_2007/Colab_24_07.pdf [Consulta: 2/3/2015].
- S. NESPOR, "Italy", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, pp. 85-94.
- M. A. NESTEROWICZ, "European Union Legal Measures in Response to the Oil Pollution of the Sea", *Tulane Maritime Law Journal*, 29, winter 2004, pp.1 y ss.
- J.F. NEURAY, "L'amélioration de l'accès à la justice dans une perspective de défense de l'environnement" en: M. PAQUES & M. FAURE, *La protection de l'environnement au coeur du système juridique international et du droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 407-465.
- P. NEWELL, "Managing Multinationals: The Governance of Investment for the Environment", *Journal of International Development*, vol. 13, issue 7, 2001, pp. 907- 918.
- F. NIETO MARTÍN, "Medio Ambiente y Derecho: El ejemplo de Aznalcóllar", *Diario La Ley*, año XXIII, nº5603, 3 septiembre 2002.
- A. NIETO GARCÍA, "La discutible supervivencia del interés directo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 12, 1977, pp. 39-58.
- D. NORQUET, *Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile*, Consultation de la Chancellerie, Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris, 12 janvier 2012, p. 10, disponible en: <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/responsabilite-civile-reforme-nor1201.pdf> [Consulta: 22/3/2015].
- A. NUYS, Study on residual jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), September 2007. European Commission Study JLS /C4/2005/07-30-CE/0040309/00-37. Disponible en: ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf [Consulta: 20/07/2013].
- A. NUYS, "The consolidation of collective claims under Brussels I", en: N. HATZIMIHAİL & A. NUYS, *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014, pp. 69-84.
- F. OLIVA BLÁZQUEZ, "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho civil – Notarios y Registradores*, vol. 1, nº 3, 2014, pp. 37-66.

A. DE LA OLIVA SANTOS y M. P. CALDERÓN CUADRADO (DIR.) ET AL, La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa, Aranzadi, Pamplona, 2012.

G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Carga de la prueba y sociedad de riesgo, Marcial Pons, Madrid, 2004.

A. DE ORO DÍAZ, "La responsabilidad administrativa por daños ocasionados al medio ambiente en el Derecho comparado", *Derecho y cambio social*, 1/4/2014, pp. 1-19. Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/revista032/responsabilidad_por_daños_al_medio_ambiente.pdf [Consulta: 20/10/2014].

L. ORTEGA ÁLVAREZ, "Concepto de medio ambiente" en: L. ORTEGA ÁLVAREZ Y CONSUELO ALONSO GARCÍA (DIR.), Tratado de Derecho Ambiental, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-54.

J. ORTEGA BERNARDO, "¿Quién ha apostado por la efectiva implantación del derecho de acceso a la justicia a favor de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente?", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 octubre 2011, pp. 1-14, disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/09/2011_09_Julia_Ortega_Acceso-justicia-ONG.pdf [Consulta: 10/04/2015].

I. S. ORTIZ BAQUERO, La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia, Ed. La Ley, Monografía nº5, Madrid, 2011.

M. OTERO CRESPO, "Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?", *Boletín Centro de Estudios y Documentación Europeos*, Universidade de Santiago de Compostela, Noviembre 2013, disponible en: http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial_noviembre2013_MartaOteroCrespo_Acciones_Colectivas.pdf [Consulta: 12/12/2014].

C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: reflexiones en torno al *forum non conveniens*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94. 2000, pp. 99-128.

C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, "International litigation trends in environmental liability: a European Union–United States comparative perspective", *Journal of Private International Law*, vol. 7, nº 3, 2011, pp. 551-581.

C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "El Derecho internacional privado de la UE en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2013-2014, 2013, pp. 367-400.

J. OVALLE FAVELA, "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 107, 2003, pp. 587-615.

J. PALACIOS PÉREZ, "Tratamiento fiscal de la Holding", en: T. CORDÓN EZQUERRO ET AL. (dir.), Manual de fiscalidad internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pp. 335-356.

G. PALAO MORENO, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

D.I. PALOMO VÉLEZ, "Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis individual*", *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio 2003, pp. 187-201.

D. PAPADOPOULOU, "The role of French Environmental Associations in civil liability for environmental harm: courtesy of Erika," *Journal of Environmental Law*, vol. 21, no. 1, 2009, pp. 87-112.

P. PASCAUD-BLANDIN, La responsabilité de la société mère du fait des actes commis par sa filiale, Mémoire du Master en Entreprise et Droit de l'Union Européenne, Université Paris Sud, 19 septembre 2013, pp. 19-22. Disponible en: master2edue.com/wp-content/uploads/2013/10/MémoirePerlePASCAUD.pdf [Consulta: 10/2/2015].

J. PAULSSON, Denial of justice in international law, Cambridge University Press, 2005.

C. PAZ-ARES, "Principio de eficiencia y Derecho privado" en: AA.VV., Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.

A. PELLEGRINI GRINOVER, "Acciones colectivas para la defensa del ambiente y los consumidores (La ley brasileña núm. 7347, de 24 de julio de 1985)", *Revista de Derecho Procesal*, nº3, 1988, pp. 705-724.

N. PELZER, "La responsabilité civile dans le domaine nucléaire au lendemain de l'accident de Tchernobyl : un point de vue allemand", *Bulletin de Droit Nucléaire*, nº 39, 1987, pp. 69-80.

M. PEÑA CHACÓN, Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª ed., agosto 2006, Costa Rica. Disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf [Consulta: 26/03/2014].

A. PEÑALVER I CABRÉ, "Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales", en: A. PIGRAU SOLER (dir.), Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 349 – 403.

L. PÉREZ CONEJO, La defensa judicial de los intereses ambientales, Estudio monográfico de la legitimación difusa en el proceso contencioso, Lex Nova, Valladolid, 2002.

G. PETITPIERRE, "Préface", en: A.S. DUPONT, Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, Schulthess, Genève, 2005, pp. vii- viii.

J.P. PIÉRARD, Responsabilité civil, energie atomique et droit comparé, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1963.

S. PIRAINO, "L'interesse difusso nella temática degli interessi giuridicamente protetti", *Rivista de Diritto Processuale*, nº2, 1979, pp. 202 y ss.

PLUTARCO, Vidas paralelas, Tomo I, Solón, XVIII, *in fine*, disponible en: http://www.imperivm.org/cont/textos/txt/plutarco_vidas-paralelas-ti-solon.html [Consulta: 19/12/2014].

F. POCAR, "Le lieu du fait illicite dans les conflits des loi et de juridictions", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1985-1986, pp. 71-88.

E. DU PONTAVICE, La pollution des mers par les hydrocarbures (à propos de l'affaire du Torrey Canyon), Paris, 1968.

E. DU PONTAVICE, "Affaire "Droit de l'environnement versus Droit maritime" ou la décision rendue le 18 avril 1984 concernant L'Amoco Cadiz", *Annuaire de Droit Maritime et Aérien*, 1985, t. VIII, pp.14-16.

E. DU PONTAVICE, L'indemnisation des dommages dits "indirets" en matière de pollution dans différents pays et au plan international, OCDE, Indemnisation des dommages dus à la pollution, Paris, 1981.

J. PONTIER & E. BURG, EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Asser Press, The Hague, 2004.

R. POSNER, "El análisis económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico y en las naciones en desarrollo", *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, nº 7, 2005, pp. 7-16.

A. POSTIGLIONE, "L'azione civile in difesa dell'ambiente", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 1987, pp. 319-320.

A. POSTIGLIONE, "La responsabilidad civil per danno ambientale nel quadro dell'unità della giurisdizione" en: AA.VV., *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilidad civil*, a cura di Perlingieri, Nápoles, 1991 pp. 120 y ss.

I. PRETELLI: "Jurisdiction of the European Union and relations with third states" en: I. PRETELLI & L. HECKENDORN (eds.), *Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes*, Document requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Parliament, March 2014. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493024/IPOL-JURI_ET\(2014\)493024_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493024/IPOL-JURI_ET(2014)493024_EN.pdf) [Consulta: 4/4/2014].

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 2ª ed., Dalloz, París, 1991.

G. PRING & C. PRING, *Greening Justice, Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals, The Access Initiative*, World Resource Institute, 2009.

W. L. PROSSER, W.P. KEETON, *Prosser and Keeton on Torts*, 5a Edición, West Group, 1984.

J. QUIJANO GONZÁLEZ, "Novedades en la regulación de las sociedades mercantiles en la propuesta de Código Mercantil", *Web de Wolters Kluwer sobre el Nuevo Código Mercantil*, disponible en: <http://nuevocodigomercantil.es/claves.htm> [Consulta: 24/2/2015].

A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, 1996.

L. RAMS RAMOS, "El reparto competencial en los casos de catástrofes marítimas por vertido de hidrocarburos: el caso del Prestige", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXLIX, 4 (octubre-diciembre 2002), pp. 617-641.

S.R. RATNER, "Corporations and human rights: a theory of legal responsibility", *Yale Law Journal*, nº 111, 2002, pp. 443-545.

A. DE RAULIN, "L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz", *Journal du Droit International Privé*, 1993-1, pp. 41-96.

S. REDFIELD, "Searching for justice: the use of forum necessitatis", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, 2014, pp. 893-928.

L. DE REDON, "2014, année décisive pour le Droit de l' Environnement?", *Web de La Société Française d'Ecologie*, 20 février 2014, disponible en: <http://www.sfecologie.org/regards/2014/02/20/r54-droit-envir-2014-louis-de-redon/> [Consulta: 27/10/2014].

L.F. REGLERO CAMPOS, "Competencia judicial internacional en materia de daños extracontractuales y de acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil", *Diario La Ley*, nº 6894, 29 de febrero de 2008.

M.D. REGO BLANCO, "La acción popular como legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo en España. Estudio para una perspectiva de Derecho comparado", en: J. FERNÁNDEZ RUIZ & J. SANTIAGO SÁNCHEZ (coord.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 313-342. Disponible en:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDFiscal/pdf/2-DOC.pdf> [Consulta: 7/7/2014].

K. RELVE, "Standing of NGOs in relation to Environmental Matters in Estonia", *Jurídica Internacional*, XI, 2006, pp. 166-168. Disponible en: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2006_1_166.pdf [Consulta: 20/10/2014].

C. RENFORS, "The Swedish Group Proceedings Act- Experiences of its Introduction and First Years", *Effektiver Rechtsschutz-Die verbraucherrechtlichen Instrumente der Unterlassungsklage und der Gruppenklage*, Konferenz 24.2.2006 Wien, 2006, pp. 21-28.

M. REQUEJO ISIDRO, "Aguinda v. Texaco en la fase de exequátur: análisis del primer tropiezo", *Dereito*, vol. 22, Noviembre 2013, pp. 581-597.

M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights Claims)*, Thomson Aranzadi, 2009.

M. REQUEJO ISIDRO, "La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos. Deficiencias del marco legal", *Scientia Juris*, 1/2011, pp. 10-44.

M. REQUEJO ISIDRO en "Sistema de los Convenios de responsabilidad y del FIDAC" en: M.P. GARCÍA RUBIO Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (COORD.), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 139-166.

M. REQUEJO Y M. OTERO, "Collective redress in Spain: Recognition and enforcement of class action judgements and class settlements", en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 309-331.

M. L. REYNA, "Contaminación transfronteriza: desregulación y conflicto social", *Cuadernos ASADIP, Jóvenes investigadores n°1*, primer semestre, 2015, pp. 129-146.

F. RIGAUX, "Les sociétés transnationales", en: M. BEDJAOUI, *Droit international, bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, vol.2, pp. 129 y ss.

R. RODIÈRE, "Les tendances contemporaines du droit privé maritime international", *Recueil des cours*, 1972-I, pp. 328 y ss.

V. ROLDÁN MARTÍNEZ, "La extensión del arbitraje a terceras partes no signatarias del convenio", *II Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, disponible en: <http://www.amagdaleno.com/articulos/29112012.pdf> [Consulta 12/12/2013].

A. RODRÍGUEZ BENOT, "Acuerdos de cooperación entre España y el Reino Unido de 19 de abril de 2000 a propósito de Gibraltar", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, n° 1, pp. 273-275.

A. RODRÍGUEZ BENOT, "El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (marzo de 2010), pp. 186-202.

A. RODRÍGUEZ BENOT, "La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza: aspectos de derecho internacional privado", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz*, 2013, pp. 311-370.

A. RODRÍGUEZ BENOT, "Introducción al Derecho internacional privado" en: A. RODRÍGUEZ BENOT (DIR.) ET AL, *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-40.

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, "El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil", *Diario La Ley* n° 8486, 1015/2015, 23 de febrero de 2014.

C. ROUSSEAU, "Chroniques des faits internationaux", *Revue Générale de Droit International*

Public, 1978-2, pp.1125-1151.

A. RUDA GONZÁLEZ, El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, Universitat de Girona, 2005, disponible en: <http://www.tesisenxarxa.net/bitstream/handle/10803/7676/targ.pdf?sequence=1> [Consulta: 10/5/2014].

A. RUGGIE, Respetar, Proteger y Remediar, texto disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 20/2/2013].

A. RUIZ DE APODACA, en: J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA y A. RUIZ DE APODACA, Información, participación y justicia en medio ambiente. Comentario sistemático de la Ley 27/2006, de 18 de julio, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 348.

K.A. RUSSELL, "Exorbitant Jurisdiction and enforcement of judgements: the Brussels system as an impetus for the United States action", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Spring 1993, pp. 2-7.

S. RYELANDT & D. VERMEIREN, "Collective actions in Belgium", Clifford Chance Briefing note, Marzo 2014, disponible en: <http://www.lexgo.be/en/papers/2014/04/Collective%20actions%20in%20Belgium,85555.html> [Consulta: 30/10/2014].

N. DE SADELEER, G. ROLLER, & M. DROSS, Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal, Europa Law Publishing, Groningen, 2005.

N. DE SADELEER, G. ROLLER, M. DROSS ET AL., Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs, Final Report, 2005, disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-23/Amicus%20brief/AnnexHSadeleerReport.pdf> [Consulta: 20/10/2014].

E. SALAMANCA AGUADO, "Inmunidad de jurisdicción del estado y el derecho de acceso a un tribunal a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Mcelhinney c. Irlanda*", *Anuario de Derecho Internacional*, XVIII, 10, 2002, pp. 347-387.

C.A. DE SALLES, Exucução judicial en materia ambiental, Ed. Revista de Tribunales, Sao Paulo, 1999.

P. SALVADOR CODERCH ET. AL., "Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital. En torno a Meyer v. Holley et al. (537 U.S. 280 (2003))", *InDret*, 3/2003, Barcelona, julio 2003.

C. SANCHO, "Contratación y subcontratación internacional. Estructuras societarias internacionales", *Revista IESE Business School 12/2012*, Ocassional Paper -191, IESE Business School, Navarra, 2012, pp. 1 y 32, disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-0191.pdf> [Consulta: 03/02/2015].

P. SANDS & P. GALIZZI, "La Convention de Bruxelles de 1968 et la responsabilité pour les dommages nucléaires", *Bulletin du Droit Nucléaire*, nº 64, Décembre 1999, pp. 7-28.

F.J. SANZ LURRAGA, M. GARCÍA PÉREZ Y J.J. PERNAS GARCÍA, "Las lecciones jurídicas del caso Prestige: diez tesis sobre la mejora de la seguridad del transporte marítimo y la protección del medio ambiente en España", *Medio ambiente & Derecho- Revista electrónica de Derecho ambiental*, nº 12-13, diciembre 2005. Disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/12-13/LECCIONES_PRESTIGE.htm [Consulta: 17/09/2013].

C. SCHEPISI, "Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile", *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 4, 2010, pp. 1053-1085.

C.M. SCHMITTHOFF & F. WOOLDRIDGE (eds.), *Groups of Companies*, Sweet & Maxwell, London 1991.

P. SCHLOSSER, "Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in relation to National Law and to the Brussels Convention", *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 74, 1991, pp. 24 y ss.

R. SCHULZE (ED.), *Compensation of Private Losses, The evolution of torts in European Business Law*, Sellier, Munich, 2011.

O. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, December 2006, disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf> [Consulta: 19/1/2015];

T. SCOVAZZI, "Industrial accidents and the veil of transnational corporations", en: F. FRANCONI & T. SCOVAZZI (EDS.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham & Trotman, 1991, pp. 395-427.

T. SCOVAZZI, "Amoco Cadiz", en: T. SCOVAZZI y J. JUSTE RUIZ (coord.), *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 23-35.

T. SCOVAZZI, "Gli incidente industriali e il velo delle società transnazionali" en: AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale*, Studi in memoria de Mario Giuliano, Cedam, Padua, 1989, pp. 854 y ss.

J.L. SERRANO MORENO, *Ecología y Derecho: Principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*, Comares, Granada, 1992.

J.C. SEUBA TORREBLANCA, "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la propuesta de Reglamento Roma II", *InDret*, n.º 269, 1/2005, febrero 2005, p.3. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/269_es.pdf [Consulta: 3/4/2014].

M. SHERIDAN, "United Kingdom", en: N. DE SADELEER, G. ROLLER & M. DROSS, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs. Empirical Findings and Legal Appraisal*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, pp.139-161.

A. SHINSATO, "Increasing the Accountability of Transnational Corporations for Environmental Harms: The Petroleum Industry in Nigeria", *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 4, n.º1, article 14, 2005, pp. 186-209.

F. SIMÓN YARZA en "El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho constitucional*, n.º 94, enero-abril 2012, pp. 153-179.

G. SKINNER, R. MCCORQUODALE & O. DE SCHUTTER, *The Third Pillar- Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR – CORE - ECCJ, December 2013, 145 pp.

B. SORO MATEO, "Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la ley de responsabilidad ambiental", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 35, Instituto Aragonés de Administración Pública, 18/11/2009, texto disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/22/docs/Instituto%20Aragonés%20Adm%20Pública/Revista%20Aragonesa%20Adm%20Pública/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Número%2035/SORO_05_35.pdf [Consulta 19/10/2014].

C. STAATH & B. WRAY, "Corporations and Social Environmental Justice: The Role of Private International Law", *European University Institute Working Papers, Law 2012/02, Towards Social Environmental Justice?*, pp. 77-95.

M.R. STAENBERG, "Aspects juridiques et financiers de l'accident de Three Mile island", *Bulletin de Droit Nucléaire*, nº24, 1979, pp. 65-79. Disponible en: <http://www.oecd-nea.org/law/nlb/NLB-24-EN.pdf> [Consulta: 12/5/2014].

J.E. STIGLITZ, *Cómo hacer que funcione la globalización*, Altea Taurus Alfaguara, 2006.

J.E. STIGLITZ, "Brief of Joseph E. Stiglitz as amicus curiae in support of petitioners in the case *Esther Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit", Legal Printers LLC, Washington DC, Nos. 11-88 and 10-1491. Disponible en: <http://harvardhumanrights.files.wordpress.com/2012/01/brief-of-joseph-e-stiglitz.pdf> [Consulta: 12/05/2013].

C. STOIBER, A. BAER, W. TONHAUSER & N. PELZER, Handbook on Nuclear Law, International Atomic Energy Agency, Vienna, 2003, pp. 115 y ss. Disponible en: http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1160_web.pdf [Consulta: 10/5/2014].

C.D. STONE, *Should trees have standing? Law, Morality and the Environment*, Oxford University Press, 3ª Edición, 2010.

O. STRUYVEN, "Exorbitant jurisdiction in the Brussels Convention", *Jura Falconis*, jg 35, 1998-1999, nr. 4, pp. 521-548, disponible en: <http://www.law.kuleuven.be/jura/> [Consulta: 10/6/2014]

J. SUDEROW, "Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5., nº1, marzo 2013, Universidad Carlos III, Madrid, 2013. pp. 184-198.

C.A. SUGICH, "Mexico's new class action laws", *Lexology*, 11 Marzo 2012, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8825c9f2-d399-42ce-ae70-2eb58e0a6b1f> [Consulta: 2/11/2014].

L. SUMMERS, The Memo, 12 diciembre 1991, disponible en: <http://www.whirledbank.org/ourwords/summers.html> [Consulta: 14/4/2015].

C. R. SUNSTEIN & R. H. THALER, *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

A. SURANA, *International Civil Procedure and Principle of 'Lex Fori'* (July 8, 2006). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=915923> [Consulta: 17/11/2014].

Z. TANG, "Consumer collective redress in European Private International Law", *Journal of Private International Law*, 7, 2011, pp. 101-147.

M. TARUFFO, "Presunzioni", *Enciclopedia Giuridica Treconni*, vol. XXIV, Roma, 1991.

A. TELLO FERNÁNDEZ, "Los holdings en España a través de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE)", *Legaltoday.com*, 23 octubre 2014, disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscal/los-holdings-en-espana-a-traves-de-las-entidades-de-tenencia-de-valores-extranjeros-etve> [Consulta: 2/3/2015].

S. THORGEIRSSON, "Closing the courtroom door: Where can victims of human rights abuse by business find justice?", disponible en: <http://business-humanrights.org/en/closing-the-courtroom-door-where-can-victims-of-human-rights-abuse-by-business-find-justice> [Consulta: 12/6/2015].

H. TORROJA MATEU, "El reconocimiento internacional del derecho al medio ambiente en el

ámbito universal” en Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente, IVAP ed., Bilbao, 1999.

F.G. TRÉBULLE, “Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l’Erika? Environnement et développement durable”, *LexisNexis*, Mars 2013, n° 3.

K. F. TSANG, “Applicable Law in Piercing the Corporate Veil in the United States: A Choice with No Choice”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, n° 2, August 2014, pp. 227-264.

D. TZAKAS, “Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: Panacea or Chimera?”, *Common Market Law Review* 48, 2011, pp. 1125-1174.

I. TZANKOVA & H. VAN LITH, “Class actions and class settlements going global: the Netherlands”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 67-91.

A. TZANKOVA, E. TJONG TJIN TAI & K. VAN DOORN, “The Netherlands”, disponible en la web del British Institute of International and Comparative Law: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/thenetherlands/thecollectivesettlement> [Consulta:9/7/2014].

I.N. TZANKOVA, “Funding of Mass Disputes: Lessons from The Netherlands”, *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, 2012, pp. 571-591.

L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, 2008.

R. VALENZUELA, “Responsabilidad civil por daño ambiental (régimen vigente en Chile)” en: R. BRAÑES (coord.), *Responsabilidad por daño ambiental*, PNUMA, disponible en: www.pnuma.org/gobernanza/No.5LaResponsabilidadporDa%F1oAmbiental.doc [Consulta: 9/7/2014].

W. H. VAN BOOM & G. WAGNER (EDS), *Mass Torts in Europe, Cases and Reflections*, De Gruyter, Tort and Insurance Law vol. 34, Berlin, 2014

G. VAN CALSTER, “The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility”, *Erasmus Law Review*, November 2014, n°3, pp. 125-133.

K. VANDEKERCKHOVE, “Piercing the Corporate Veil. A Transnational Approach”, *European Company Law Series*, vol. 4, issue 5, Kluwer Law International, 2007, pp. 191-200.

V. VAN DEN ECKOUT “The Private International Law Dimension of the Principles. An introduction”, 4/02/2015, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2560268> [Consulta: 10/2/2015].

A. VERCHER, “Bhopal o una reacción judicial insolidaria”, *Jueces para la democracia*, 1989, n° 8, pp. 85-89.

J. VERNET Y J. JARIA, “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el Derecho internacional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n°20, UNED, 2007, pp. 513-533.

B. VIDAL FERNÁNDEZ, “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en: F. TORIBIO FUENTES (DIR.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2014, 2ª ed., pp. 81 y 82.

A. VIGURI PEREA, *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo: las acciones en defensa de intereses colectivos: análisis comparado del derecho angloamericano*, Granada, Comares, 1997.

M. VINAIXA MIQUEL, La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos, Universidad de Santiago de Compostela, 2006.

M. VINAIXA MIQUEL, "El levantamiento del velo en el Derecho internacional privado: Una problemática común en los casos de daños por contaminación causados por sociedades multinacionales", *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXV, 2008, pp. 265-296.

M. VIRGÓS SORIANO, El *trust* y el Derecho español, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

M. VIRGÓS SORIANO Y A. CAMBRONERO GINÉS (coord.), Comparative Study of Residual Jurisdiction in civil and commercial disputes in the UE, Spain, Lex Mundi Project, European Comission, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_spain_en.pdf [Consulta 10/11/2014].

C. VON BAR, "Environmental Damage in Private International Law", *Recueils de Cours*, 1997, pp. 295-411.

C.D. WALLACE, The Multinational Enterprises and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization, Martinus Nijhoff, La Haya, 2002.

M. WATT, "Brussels I and aggregate litigation on the case for redesigning the common judicial area in order to respond to changing dynamics, functions and structures in contemporary adjudication and litigation", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2, 2010, pp. 111- 116.

H. M. WATT, "Article 6", en: A. MAGNUS & P. MANKOWSKI (ed.), Brussels I Regulation, 2nd Revised Edition, Sellier - European Commentaries on Private International Law, Munich, 2012, pp. 323-330.

P. WETTERSTEIN, "Carriage of Hazardous Cargoes by Sea-The HNS Convention." *Georgia Journal of International & Comparative Law*, n° 26, 1996, pp. 595 y ss.

M. WILDE, Civil liability for environmental damage, A comparative analysis of Law and Policy in Europe and the United States, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

B. WINIGER ET AL, Essential Cases on Damage, De Gruyter, La Haya, 2011.

C. WU, La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures, Monaco Pedone, París, 1994.

G. WURTHMANN, "Ways of Using the African Oil Boom for Sustainable Development", *Economic Research Working Paper Series of The Development African Bank*, n. 84, March 2006, pp.1-16.

G. YANGUAS MONTERO, El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente, Thomson Civitas, 2006.

A. YBARRA BORES, "La persona jurídica" en: AA.VV., Lecciones de Derecho Civil Internacional, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 224-247.

A. YBARRA BORES, La ejecución de las sanciones administrativas en el ámbito de la Unión Europea, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2006.

A. YBARRA BORES, La eficacia extraterritorial de los actos administrativos sancionadores en derecho internacional privado, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2005.

F.J. ZAMORA CABOT, "La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos: práctica reciente", *Papeles El tiempo de los derechos*, 2012-1, pp. 1-25, disponible en: http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/50-la-responsabilidad-de-las-empresas-multinacionales-por-violaciones-de-los-derechos-humanos-practica.html [Consulta: 25/3/2015].

F.J. ZAMORA CABOT, "Decision of the Supreme Court of the United States in the Daimler Ag v. Bauman et al. Case: Closing the golden door", *Papeles El tiempo de los derechos*, 2014-2, pp. 1-23, disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-2-2014-englishversion.pdf> [Consulta: 19/1/2015]

F.J. ZAMORA CABOT, J. GARCÍA CÍVICO Y L. SALES PALLARÉS (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Cuadernos de la Cátedra de democracia y derechos humanos nº9, Universidad de Alcalá de Henares, 2014.

C. ZIZIOLI, *Il risarcimento del danno derivante da incidente industriali transnazionali*, Giuffrè editore, Milano, 1995.

II. JURISPRUDENCIA

2.1. De tribunales supraestatales regionales.

- **Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental.**

Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO), as. *SERAP vs. Federal Republic of Nigeria*, ECW/CCJ/APP/08/09, 14/12/2012, texto de la sentencia en inglés disponible en: http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf [Consulta: 10/2/2013].

- **Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³¹⁷.**

STJCE 14 julio 1972, as. *Imperial Chemical Industries c. Comisión*, 48/69.

STJCE 14 octubre 1976, as. *LTU*, 29/76.

STJCE 30 noviembre 1976, as. *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. y Fundación Aguas del Rhin c. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, 21/76.

STJCE 22 noviembre 1978, as. *Somafer*, 33/78.

STJCE 22 febrero 1979, as. *Gourdain*, 133/78.

STJCE 16 diciembre 1980, as. *Rüffer*, 814/79.

STJCE 18 marzo 1981, as. *Blanckaert vs. Trost*, 139/80.

STJCE 25 octubre 1983, as. *AEG Telefunken c. Comisión*, 107/82.

STJCE, 10 abril 1984, as. *Sabine von Colson and Elizabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83.

STJCE 9 diciembre 1987, as. *Schotte Parfums Rothschild*, 218/86.

STJCE 27 septiembre 1988, as. *Kalfelis vs. Banco Schroeder y otros*, 189/87.

STJCE 11 enero 1990, as. *Société Dumez France et Société Oth Infrastructure c. Société Hessiche Landesbank et autres*, C-220/88.

STJCE 26 marzo 1992, as. *Reichert y Kockler*, C- 261/90.

STJCE 21 abril 1993, as. *Sonntag*, C-172/91.

¹³¹⁷ Hasta la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa, su denominación era la de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Todas ellas obtenidas de la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: curia.europa.eu.

STJCE 6 diciembre 1994, as. *Tatry vs. Maciej Rataj*, C- 406/92.

STJCE 7 marzo 1995, as. *Fiona Shevill*, C-68/93.

STJCE 28 marzo 1995, as. *Benson*, C-346/93.

STJCE 19 septiembre 1995, as. *Marinari vs. Lloyd's Bank et al*, C-364/93.

STJCE 27 octubre 1998, as. *Réunion européenne y otros*, C-51/97.

STJCE, 17 noviembre 1998, as. *Van Uden*, C- 391/95.

STJCE 16 noviembre 2000, as. *Stora Kopparbergs Bergslags AB vs. Comisión*, C-286/98.

STJCE 27 febrero 2002, as. *Weber*, C-37/00.

STJCE 14 noviembre 2002, as. *Steenbergen*, C-271/00.

STJCE 14 noviembre 2002, as. *Baten*, C-271/00.

STJCE 15 mayo 2003, as. *Préservatrice*, C-226/01.

STJCE 5 febrero 2004, as. *Torline*, C-18/02.

STJCE 10 junio 2004, as. *Kronhofer*, C-168/02.

STJUE, 1 marzo 2005, as. *Andrew Owusu vs. N. B. Jackson*, que actúa con el nombre comercial "*Villa Holidays Bal-Inn Villas*" y otros, C-281/02.

STJCE 13 julio 2006, as. *ReischMontage AG vs. Kiesel Baumas chinen Handels GMBH*, C-103/05

STJUE, 13 julio 2006, asuntos acumulados, *Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito vs. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo vs. Assitalia SpA*, C-295/04 a C-298/04.

STJCE 15 febrero 2007, as. *Lechouritou*, C-292/05.

STJCE 11 octubre 2007, as. *Freeport plc vs. Olle Arnoldsson*, C-98/06.

STJCE 28 abril 2009, as. *Apostolides*, C-420/07.

STJCE 16 julio 2009, as. *Zuid-Chemie BV*, C-189/09.

STJUE 10 septiembre 2009, as. *Akzo Nobel y otro vs. Comisión*, C-97/08.

STJUE 9 marzo 2010, as. *Raffinerie Méditerranée*, C-378/08 y C-380/08,

STJUE 20 enero 2011, as. *General Química*, C-90/09.

STJUE 29 marzo 2011, as. *Arcelor-Mittal*, acumulados C-201/09 P y C-216/09 P.

STJUE 12 mayo 2011, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo *Oberverwaltungsgericht- del Land de Nordrhein-Westfalen* (Alemania), as. *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-115/09.

STJUE 25 octubre 2011, as. acumulados *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez y Robert Martinez vs. MGN Limited*, C-509/09 y C-161/10.

STJUE 17 noviembre 2011, as. *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, C-327/10.

STJUE 1 diciembre 2011, as. *Eva Maria Painer*, C-145/10.

STJUE 19 julio 2012, as. *Mahamdia*, C-154/11.

STJUE 11 abril 2013, as. *Land Berlin vs. Ellen Mirjam Sapir et al*, C-645/11.

STJUE 8 mayo 2013, as. *ENI SpA v European Commission*, C-508/11.

STJUE 16 mayo 2013, as. *Melzer*, C-228/11.

STJUE 27 febrero 2014, as. *Cartier parfums*, C-1/13.

STJUE 21 mayo 2015, as. *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-252/13.

➤ **Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General de la Unión Europea -TGUE).**

STPI 30 septiembre 2003, as. *Manufacture Français des Pneumatiques Michelin vs. Comisión*, T-203/01.

STPI 15 septiembre 2005, as. *DaimlerChrysler AG vs. Comisión*, T-325/01.

STPI 27 septiembre 2006, as. *Cöperatieve Verkoop – en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA vs. Comisión*, T-314/01.

STGUE 16 junio 2011, as. *L’Air liquide vs. Comisión*, T-185/06.

STGUE 7 julio 2011, as. *Arkema*, as. T-217/06.

➤ **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).**

STEDH 8 julio 2003, as. *Hatton y otros vs. Reino Unido*, app. nº 36022/97, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61188> [Consulta: 25/11/2014].

STEDH 21 noviembre 2001, as. *McElhinney vs. Irlanda*, app. nº 31253/96, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59887> [Consulta: 20/6/2014].

2.2. Tribunales estatales.

2.2.1. Españoles.

➤ **Tribunal Constitucional**

STC 127/2013, 3 junio [RTC 2013\127].

STC 214/1991, 11 noviembre 1991, as. *Violeta Friedman*, [RTC 1991\214].

➤ **Tribunal Supremo**

STS 14 marzo 2005 [RJ 2005, 2236].
STS 28 enero 2004 [RJ 2004, 153].
STS 12 diciembre 1980 [RJ 1980, 4747].
STS 17 marzo 1981 [RJ 1981, 1009].
STS 14 julio 1982 [RJ 1982, 4237].
STS 27 octubre 1983 [RJ 1983, 5346].
STS 31 enero 1986 [RJ 1986, 444].
STS 13 julio 1988 [RJ 1988, 4872].
STS 16 enero 1989 [RJ 1989, 101].
STS 7 abril 1997 [RJ 1997, 2743].
STS 24 mayo 1993 [RJ 1993, 3727].
STS 13 mayo 1988 [RJ 1988\4306].
STS 5 diciembre 1986, [RJ 1986\8132].
STS 22 diciembre 1987 [RJ 1987\9648].
STS 13 abril 1988 [RJ 1988\3146].
STS 25 febrero 1993 [RJ 1993/1469].
STS 17 noviembre 2005 [RJ 2006\60].
STS 26 mayo 2008 [RJ 2008\3172].
STS 25 febrero 1995 [RJ 1993\1469]
STS 24 abril 1978 [RJ 1978\1840]
STS 4 noviembre 2010 [RJ 2010\8868]
STS 7 junio 2011 [RJ 2011\4395]
STS 30 mayo 2012 [RJ 2012\6548].
STS 13 diciembre 2013, [RJ 2013\1249].
STS 13 diciembre 1996 [RJ 1996\9016].
STS 8 abril 1994 [RJ 1994\2733].
STS 28 mayo 1984 [RJ 1984\2800].
STS 22 julio 1998 [RJ 1998\6197],

STS 22 noviembre 2000 [RJ 2000\9313].

STS 28 mayo 1984 [RJ 1984\2800].

STS 23 diciembre 2005 [RJ 2006\1214].

STS 11 diciembre 1998 [RJ 1998\8789].

STS 4 junio 2002 [RJ 2002/6754].

STS 12 diciembre 1980 [RJ 1980\4747].

STS 3 diciembre 1987 [RJ 1987\9176].

➤ **Audiencia Nacional**

SAN 23 junio 1992 [ID CENDOJ: 28079230051992100001].

SAN 2 julio 1996 [ID CENDOJ: 28079230021996100003].

SAN 25 marzo 1998 [ID CENDOJ: 28079230061998100232].

➤ **Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ Cataluña, Sala Social, 22 junio 2009 [AS 2009\2275].

➤ **Audiencias Provinciales**

SAP Almería 25 febrero 2014 [JUR 2014\128291].

SAP Barcelona 18 febrero 2003 [RJ 2004\14190].

SAP La Coruña 18 junio 1997 [ID CENDOJ: 15030370031997100162].

SAP La Coruña, 13 noviembre 2013 [ARP 2013\1132].

AAP La Rioja 14 julio 2011, [JUR 2011\318006].

AAP Madrid 16 junio 2005 [JUR 2005\173138].

SAP Madrid 11 febrero 2002 [JUR 2002\113977].

SAP Madrid 27 junio 2003 [JUR 2003\248576].

SAP Madrid 24 octubre 2011 [JUR 2011\433647]

SAP Madrid 19 abril 2012 [AC 2012\1433].

SAP Madrid 25 febrero 2013 [JUR 2013\216935].

SAP Málaga 12 junio 2006 [JUR 2007\41846].

SAP Murcia 12 mayo de 2003 [AC 2003\1676].

SAP Valencia 30 julio 2008 [JUR 2009\4667].

SAP Vizcaya 13 junio 2002 [JUR 2002\211271].

➤ **Juzgados de instancia.**

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº2 de A Coruña, 30 abril 1996 [ID CENDOJ: 15030510021996100001].

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 2, 25 octubre 2002 [AC 2003/362].

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, 5 julio 2013 [AC 2013\1535].

2.2.2. Extranjeros de países de la UE.

➤ **Francia:**

Corte de Casación, Sala Civil 1ª, 16 enero 1985, nº 83-11.029 y 83-16.928, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014744> [Consulta: 13/3/2015].

Corte de Casación, Sala Civil 1ª, 1 diciembre 1987, nº 85-12.046, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007019334&fastReqId=999066027&fastPos=1> [Consulta: 13/3/2015].

Corte de Casación, Sala Civil. 1ª, 2 mayo 2001, nº 99-10.709, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044746&dateTexte=> [Consulta: 13/3/2015].

Corte de Casación, Sala Civil 2ª, 27 mayo 2004, nº 02-15.700, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046919> [Consulta: 13/3/2015].

Corte de Casación, Sala Civil 3ª, 2 febrero 2005, nº 03-19163, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007490977&fastReqId=1094695556&fastPos=7&oldAction=rechJuriJudi> [Consulta: 13/3/2015].

Corte de Casación, Sala Civil 2ª, 7 diciembre 2006, nº 05-20.297, <http://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/2eme/2006/12/7/05-20297/> [Consulta: 16/5/2015].

Corte de Casación, Sala Civil 3ª, 26 septiembre 2007, nº815, as. 04-20.636, disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/troisieme_chambre_civile_572/arret_n_10807.html [Consulta: 10/3/2015].

Corte de Casación, Sala Penal, 25 septiembre 2012, as. *Erika*, nº 3439, disponible en: https://courdecassation.fr/IMG/Crim_arret3439_20120925.pdf [Consulta 12/3/2015].

Tribunal de Grande Instance de Bastia, 8 diciembre 1976, as. *Montedison*, *Recueil Dalloz-Sirey*, Jurisprudence, 1977, pp. 427-429.

➤ **Italia**¹³¹⁸

Corte Suprema de Casación, Sección III, 26 febrero 1992 nº 394.

Corte Suprema de Casación, Sección III, 17 marzo 1992, nº 4487.

Corte Suprema de Casación, Sección III, 13 noviembre 1992, nº 10956.

➤ **Países Bajos**

Tribunal Supremo, 27 junio 1986, as. *New Lake* [NJ 1987, 743].

Tribunal Supremo, 18 diciembre 1992, as. *Kuunders* [NJ 1994, 139].

Tribunal de Rotterdam (*Rechtbank Rotterdam*), 15 marzo 1991, as. *Borcea*, [NJ 1992, 91], disponible en: <http://www.casebooks.eu/scopeOfProtection/chapter7/excerpt.php?excerptId=1856> [Consulta: 13/06/2014].

Tribunal de Distrito de La Haya, 30 enero 2013, as. *Akpan vs. Royal Dutch Shell & SPDC*, C/09/337050, HA ZA 09-1580, [ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850] disponible en: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/view> [Consulta: 10/3/2013].

Tribunal (*Hof Amsterdam*) de Amsterdam 12 November 2010, as. *Converium* [NJ 2010, 683, LJN: BO3908].

➤ **Portugal**

Tribunal Supremo, 23 septiembre 1997, nº 97B503 [BMJ nº469, ano 1997, p.432], disponible en: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5c4988169839a2ed802568fc003b7c49?OpenDocument> [Consulta 9/7/2014].

➤ **Reino Unido:**

Cámara de los Lores, 17 julio 1868, as. *John Rylands and Jehu Horrocks v Thomas Fletcher* [UKHL 1, LR 3 HL 330]. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html> [Consulta: 12/02/2013].

¹³¹⁸ El buscador de la *Corte Suprema di Cassazioni* no recoge jurisprudencia de esa fecha (vid., <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>). Fuente: A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 188.

Cámara de los Lores, 26 mayo 1932, as. *Donoghue (or McAlister) vs Stevenson*, [1932 All ER Rep 1; [1932] AC 562], disponible en: <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm> [Consulta 9/2/2013].

Cámara de los Lores, 5 febrero 1987, as. *Maloco and Smith v Littlewoods Organisation Ltd*, [UKHL 18, 2 WLR 480, AC 241], disponible en: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1987/1987_SC_HL_37.html [Consulta: 10/02/2013].

Cámara de los Lores, 8 febrero 1990, as. *Caparo Industries plc vs. Dickman*, [1990 2 A.C. 605], disponible en: http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/CAPARO_1.pdf [Consulta 9/2/2013].

Cámara de los Lores, 24 julio 1997, as. *Connelly vs. RTZ Corp.* [(1997) 4 All E.R. 335 HL], disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/con01.htm> [Consulta: 9/2/2013].

Cámara de los Lores, 20 julio 2000, as. *Lubbe v. Cape Plc.* [4 All E.R. 268 H.L.], disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/41.html> [Consulta: 15/3/2015].

Corte de Apelación, Civil Division, 25 abril 2012, as. *Chandler vs. Cape* [B3/2011/1272]. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> [Consulta: 10/4/2015].

Corte de Apelación, Civil Division, 3 febrero 1999, as. *Sithole vs. Thor Chem. Holdings Ltd.* [[1999] EWCA Civ 706], disponible en: <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/sithole-and-ors-52580815> [Consulta: 10/4/2014].

Corte de Apelación, 9 octubre 1995, as. *Ngcobo vs. Thor Chem. Holdings Ltd.* [(1995) T.L.R. 10 (Eng. C.A.)]¹³¹⁹.

2.2.3. Extranjeros de países no pertenecientes a la UE.

➤ Canadá

Corte Suprema de Canadá, 13 julio 2001, as. *Western Canadian Shopping Centres Inc vs. Dutton* [2001, 2 SCR 534] disponible en: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/WesternCanadian_v_Dutton.pdf [Consulta 11/6/2013].

➤ EE.UU.

Tribunal de Apelación Federal, 24 enero 1992, as. *In the Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978* [954 F.2d 1279], disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/954/1279/128596/> [Consulta: 18/5/2014].

Tribunal Supremo de Texas, 28 marzo 1990, as. *Dow Chemical and Shell Oil Co. vs. Domingo Castro Alfaro*, C-7743 [786 S.W.2d 674 (1990)], disponible en: http://www.leagle.com/decision/19901460786SW2d674_11357.xml/DOW%20CHEMICAL

¹³¹⁹ Recogida por N. JÄGERS & M. J. C. VAN DER HEIJDEN, "Corporate human rights violations: The feasibility of civil recourse in The Netherlands", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, nº3, p. 837, nota al pie nº12. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1351768> [Consulta: 28/02/2013].

%20CO.%20v.%20CASTRO%20ALFARO [Consulta: 19/5/2014].

Tribunal de Distrito Norte de Illinois, 26 diciembre 1979, as. *In Re Oil Spill By Amoco Cadiz Off Coast of France on March 16, 1978*, [491 Federal Supplement. 170], disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/491/170/1799083/> [Consulta: 15/5/2014].

Tribunal de Distrito Norte de Illinois, 15 junio 1992, as. *In re oil spill by the Amoco Cadiz Off the Coast of France on March 16, 1978* [794 F. Supp. 261 (1992)], disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/794/261/1477077/> [Consulta: 15/5/2014].

➤ **Nigeria:**

Tribunal Federal Supremo de Nigeria en la división judicial de Benin, 14 noviembre 2005, as. *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Company*, [FHC/B/CS/53/05], disponible en: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/418-nigeria-gbemre-v-shell-petroleum-development-company-nigeria-limited-and-others-2005-ahlr-151-nghc-2005.html> [Consulta: 15/02/2013].

III. MATERIALES NORMATIVOS

3.1. Supraestatales.

3.1.1. Convencionales¹³²⁰.

Convenio para la unificación de ciertas reglas concernientes a la responsabilidad de los propietarios de los buques, Bruselas, 25 agosto 1924, reemplazado por el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, instrumento de ratificación de España: BOE nº 310, 27 diciembre 1986.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma 4 de noviembre de 1954, instrumento de ratificación: BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

Convenio acerca de la prevención de la contaminación marina por hidrocarburos 12 mayo 1954, con enmiendas de 1962 y de 21 de octubre de 1969, instrumento de ratificación de 13 de enero de 1976, BOE nº 23, 27 enero 1978.

Convenio internacional de 10 de octubre de 1957, relativo a la limitación de la responsabilidad de propietarios de buques que navegan por el mar, inserto en el BOE nº173, 21 julio 1970. Modificado por el Protocolo de 21 diciembre 1979, hecho en Bruselas, BOE nº 242, de 9 de octubre de 1984.

Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia nuclear de 29 de julio de 1960, BOE nº 28, 2 de febrero de 1967; revisado y complementado por el Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963 (BOE nº 281, 22 noviembre 1975) y modificado por los protocolos de 28 de enero de 1964, de 16 de noviembre de 1982 y de 12 de febrero de 2004. Textos consolidados disponibles en:
<http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCON SOLIDADO.pdf> y
<http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/brusscon solid.pdf> [Consulta: 10/5/2014].

Convención de Viena de 21 de mayo de 1963, sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en vigor desde 1977 y modificado en 1997) y el Protocolo conjunto relativo a la aplicación del Convenio de Viena y el Convenio de París, de septiembre de 1988. España no es parte de este Convenio. Disponible en: https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_sp.pdf [Consulta: 11/5/2014].

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> [Consulta: 23/3/2013].

Convenio internacional de Bruselas, de 1969, sobre la responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (BOE nº 58, de 8 de marzo de 1976), con Protocolos de 1976 y 1992, modificado en 2000 y en vigor desde 1975 (BOE nº225, 20 septiembre 1995).

Convenio relativo a la intervención de los diversos Estados en casos de accidentes por contaminación de petróleo, 29 noviembre 1969 (no ratificado por España).

¹³²⁰ Cronológicamente ordenados.

Convenio de Bruselas, de 17 de diciembre de 1971, relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares, BOE nº199, 20 agosto 1975.

Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera, BOE nº 264, de 4 de noviembre de 1987, disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=81[Consulta: 09/03/2014].

Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1971, se publica en España en el BOE nº 60, de 11 de marzo de 1982. (Dado el número de denuncias cesó de estar en vigor el 24 de mayo de 2002).

Convenio de Londres de prevención de la contaminación marina, de 29 diciembre 1972 -y el correspondiente Protocolo de Londres, de 7 noviembre de 1996, BOE nº 77, 31 marzo 2006.

Convenio de La Haya 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, BOE nº 21, de 25 de enero de 1989, disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=84 [Consulta: 09/03/2014].

Convenio de Londres, de 19 de noviembre de 1976, sobre limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas (modificado en 1996 y en vigor desde 1986 y 2004 respectivamente; se refiere a reclamaciones motivadas tanto por daños nucleares como por contaminación por hidrocarburos). Denunciado por España, BOE nº 22 de 25 de Enero de 2007.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de julio de 1981, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297> [Consulta: 25/3/2013].

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de Montegobay, Jamaica, de 10 diciembre de 1982, ratificación por España en el BOE nº 39, de 14 de febrero de 1997.

Protocolo Adicional a La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo De San Salvador", 17 de noviembre 1988, texto en: <http://www.dipublico.org/3521/protocolo-adicional-a-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-en-materia-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-%E2%80%9Cprotocolo-de-san-salvador%E2%80%9D/> [Consulta: 22/3/2013]).

Convenio de Basilea de 22 de marzo de 1989, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (en vigor desde 1992), disponible en: http://www2.unitar.org/cwm/publications/cbl/synergy/pdf/cat3/convention_basel/convention_basel/basel_conv_sp.pdf [Consulta: 03/04/2014]; instrumento de ratificación de España en BOE nº 227, de 22 de septiembre de 1994.

Convenio de Ginebra de 10 de octubre de 1989, sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y barcos de navegación interior, disponible en: http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/crtd_e.html [Consulta: 03/04/2014].

Convención de Helsinki de 17 de marzo de 1992, sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, instrumento de ratificación: BOE nº 81, de 4 de abril de 2000.

Convención de Lugano, de 1993, sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (no está en vigor). Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=3&NT=150>[Consulta: 04/03/2014].

Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización por daños relacionados con el transporte marítimo de residuos peligrosos y sustancias tóxicas (*HNS*, Londres, 1996, y Protocolo de 2010), textos disponibles en: <http://hnsconvention.org/Pages/TheConvention.aspx> [Consulta: 07/03/2014].

Convenio de Aarhus, de 25 de junio de 1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ratificado por España, BOE nº 40 de 16 de febrero de 2005.

Protocolo internacional de Basilea de 10 diciembre 1999 sobre responsabilidad e indemnización por daños relacionados con el transporte marítimo de residuos peligrosos y sustancias tóxicas; disponible en: <http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf> [Consulta: 07/03/2014].

Convenio de Londres de 23 de marzo de 2001, sobre responsabilidad por daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques o *Bunker-Oil Convention*, ratificado por España en el año 2003 (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2008) Texto y status en: [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-\(BUNKER\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-(BUNKER).aspx) [Consulta: 22/4/2015].

Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, FCCC/INFORMAL/83, texto disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf> [Consulta: 11/4/2014]. Sobre la evolución de los compromisos en materia de cambio climático: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/resultados_de_varsovia/items/8033.php [Consulta: 11/4/2014].

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007.

3.1.2. Institucionales- De la Unión Europea.

Reglamentos.

Reglamento CEE nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), DO L nº199 de 31 julio 1985.

Reglamento CE nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DOUE nº 174, de 27 de junio de 2001.

Reglamento CE nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DOUE L nº12, 16 de enero de 2001.

Reglamento CE nº1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, DO L nº 264 de 25 septiembre 2006.

Reglamento CE nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DOUE nº 199, de 31 de julio de 2007.

Reglamento UE nº 530/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la introducción acelerada de normas en materia de doble casco o de diseño equivalente para petroleros de casco único, DOUE nº 172, de 30 de junio de 2012.

Reglamento de la Unión Europea nº 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L nº351, de 12 de diciembre de 2012.

Directivas.

Directiva 2002/8/CE de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, DOCE L nº 26 de 31 enero 2003.

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. DOUE nº 143 de 30 de abril de 2004.

Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, DOCE L nº195 de 2 junio 2004.

Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada), DOUE nº 110, de 1 de mayo de 2009.

Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014.

Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DOUE nº 330, de 15 de noviembre de 2014.

Decisiones.

Decisión 2002/762/CE del Consejo, de 19 de septiembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio «combustible de los buques»), o a adherirse a dicho Convenio, DO L nº256 de 25 de septiembre de 2002.

Decisión del Consejo, de 8 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio o a adherirse a él, DOUE L nº 97, de 1 de abril de 2004.

Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 120/22, de 5 de mayo de 2006.

Acuerdos.

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, de 16 de enero de 2005, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DOUE L 299/61, 16 noviembre 2005.

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DOUE L 195/1, de 18 julio 2013.

Acuerdo entre el Representante Permanente de la UE y Reino Unido de 19 de octubre de 2000 Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y de la CE y Tratados conexos, BOE nº 58, de 8 marzo 2001.

Propuestas e informes referidos a textos vinculantes.

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva sobre la responsabilidad civil por los daños y deterioros ambientales causados por los residuos de 1991, DOCE, C 192/6, de 23 de julio de 1991.

CONSEJO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, Propuesta del Reglamento CE del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (1999), 348 final.

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, 2003, COM (2003) 624 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0624&from=EN> [Consulta: 12/4/2014].

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010) 748 final, 14 diciembre 2010.

PARLAMENTO EUROPEO, Proyecto de informe sobre la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM(2010) 784 – C7 - 0433/2010- 2010/0383 (COD), 28 junio 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-467.046+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN> [Consulta: 12/3/2014].

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010)748- C7-0433/2010 -2010/0383(COD), 20 noviembre 2012.

3.2. Estatales.

3.2.1. Españoles.

Constitución.

Constitución española de 1978, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

Leyes Orgánicas.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº77, de 31 marzo 2015).

Ley Orgánica 7/2015, de de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº174, de 22 de julio de 2015).

Leyes y Reales Decretos.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, versión consolidada, BOE nº 260, de 17 de septiembre de 1882.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE nº 289, de 16 de octubre de 1885.

Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, BOE nº 250, de 17 de octubre de 1980.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, BOE nº 155, de 29 de junio de 1985.

Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, BOE nº 73, de 26 de marzo de 1986.

Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, BOE nº 181, de 29 de julio de 1988.

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, BOE nº 181, de 29 de julio de 1988.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, BOE nº 10, de 11 de enero de 1991.

Ley 12/1991 de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, BOE nº 103, de 30 de abril de 1991.

Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, BOE nº 156, de 30 de junio de 1992.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE nº 167, de 14 de julio de 1998.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; BOE nº 294, de 8 de diciembre de 2001.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE nº 164, de 10 de julio de 2003.

Real Decreto 1892/2004, de 10 de septiembre, por el que se dictan normas para la ejecución del Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, BOE nº 226 de 18 de septiembre de 2004.

Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, BOE nº 171, de 19 de julio de 2006.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159 de 4 de julio de 2007.

Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, BOE nº160, de 5 de julio de 2007.

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, BOE nº 255, de 24 de octubre de 2007.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007.

Ley 47/2007, de 19 de diciembre por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2007.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE nº 161, de 3 de julio de 2010.

Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por daños radiactivos, BOE nº 127, de 28 de mayo de 2011.

Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 29 de noviembre de 2013, BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013.

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, BOE nº 76, de 28 de marzo de 2014.

Otros.

Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita, nº 121/000084, presentado el 24 de febrero de 2014, calificado el 04 de marzo de 2014. Debates de totalidad de la iniciativa legislativa del Proyecto de ley de asistencia jurídica gratuita. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, número 84-1, de 7 de marzo de 2014, Año 2014 X Legislatura, nº 195, Presidencia Sr. D. Jesús Posada Moreno, Sesión plenaria núm. 183, celebrada el martes, 29 de abril de 2014, disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWXTDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-195.CODI.%29#\(Página17\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWXTDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-195.CODI.%29#(Página17)) [Consulta: 2/1/2015].

Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, 30 de mayo de 2014, informado en Consejo de Ministros (en tramitación), disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CÓDIGO_MERCANTIL__T_EXTO_WEB%2C2.PDF.PDF [Consulta: 2/2/2015].

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), 3 de julio de 2015, nº 555 (BOCG_D_10_555_3731), pp. 2 y ss., disponible en: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_555_3731.PDF [Consulta: 9/7/2015].

Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Boletín Oficial de las Cortes Generales, BOCG nº 556, 6 de julio de 2015, pp. 97 y ss., disponible en: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_556_3649.PDF [Consulta: 15/7/2015].

Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, Boletín Oficial de las Cortes Generales, BOCG nº 556, 6 de julio de 2015, pp. 114 y ss., disponible en: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_556_3650.PDF [Consulta: 15/7/2015].

Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado en Consejo de Ministros el pasado 15 de febrero de 2015, actualmente en el Senado, no modifica el art. 11. Vid., sobre la reforma: Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), Senado, nº556, 6 de julio de 2015, Proyecto de Ley 621/000142, BOCG D 10 556/3716, pp. 55 y ss., disponible: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_556_3716.PDF [Consulta: 10/7/2015].

Borrador del Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, pendiente de tramitación en el Consejo de Ministros. Disponible en: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/pnedh-borrador-julio-2014.pdf> [Consulta: 2/3/2015].

3.2.2. Extranjeros de países de la UE.

Alemania.

Ley alemana de Sociedades Anónimas, 6 septiembre 1965.

Código Procesal Civil alemán, traducido al castellano por A.J. PÉREZ DRAGONE y J.C. ORTIZ PRADILLO, ed. Konrad Adenauer Stiftung, disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf Consulta: [03/04/2013].

Francia.

Ley nº 2008-757 de 1 de agosto de 2008, *relative à la Responsabilité Environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement*, versión consolidada de 20 julio 2015, disponible en: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019277729> [Consulta: 20/7/2015].

Ley nº 2009-967 de 3 agosto 2009 *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020949548&categorieLien=id> [Consulta: 10/9/2014].

Ley nº 2010-788 de 12 julio 2010, *portant engagement national pour l'environnement*, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022470434>[Consulta: 10/9/2014].

Ley nº 2014-790, de 10 julio 2014, *visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale*, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029223420&categorieLien=id> [Consulta: 10/9/2014].

Código Civil, *Code civil*, versión consolidada de 22 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [Consulta: 13/6/2015].

Código de Procedimiento Civil, *Code de procédure civile*, versión consolidada de 1 abril 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> [Consulta: 13/6/2015].

Código de Trabajo, *Code du Travail*, versión consolidada de 2 de julio de 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> [Consulta: 13/7/2015].

Código de Medio Ambiente, *Code de l'environnement*, versión consolidada de 17 julio de 2015, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220> [Consulta: 19/7/2015].

Proposición de Ley nº 1043, adoptada por el Senado, *visant à inscrire la notion de dommage causé à l'environnement dans le code civil*, cuyo texto está disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1043.asp> [Consulta: 29/10/2014].

Italia.

Ley de 8 julio de 1986, nº 349, *Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*, publicado en *Gazzetta Ufficiale* nº162 del 15 de julio de 1986, vid: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1986-07-08;349!vig=> [Consulta: 4/7/2014].

Código del Consumo, Decreto Legislativo 6 septiembre 2005, nº 206, *Codice del consumo*, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* nº 235 del 8 octubre 2005, suplemento ordinario nº162, disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/05206dl.htm> [Consulta: 20/10/2014].

Decreto Legislativo 3 abril 2006, número 152, *Norme in materia ambientale*, publicado en *Gazzetta Ufficiale* nº 88 del 14 de abril de 2006 - suplemento ordinario nº 96, disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06152dl5.htm#267> [Consulta: 4/9/2014].

Decreto Legislativo nº 198, de 20 diciembre 2009, *Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, publicado en *Gazzetta Ufficiale* nº303 del 31 diciembre 2009, disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/09198dl.htm> [Consulta: 20/10/2014].

Países Bajos.

Ley sobre el conflicto de leyes en material de actos ilícitos, *Wet conflictenrecht onrechtmatige daad*, 11 abril de 2001.

Código de Procedimiento Civil neerlandés, disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm> [Consulta: 10/03/2013].

Código Civil neerlandés, disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle331111.htm> [Consulta: 10/03/2013].

Ley sobre acuerdos colectivos, *Wet collectieve afwikkeling van massaschades*, de 23 de junio de 2005, disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/thenetherlands/legislation> [Consulta: 10/03/2013].

Portugal.

Ley nº 11/87, de 7 de abril de 1987, de *Bases de Ambiente*, *Diário da República*, I Série, nº 81, de 7/4/1987, disponible en: <http://dre.pt/pdf1sdip/1987/04/08100/13861397.pdf> [Consulta: 1/9/2014].

Ley nº 83/95, de 31 de agosto, *direito de participação procedimental e de acção popular*, publicada en *Diário da República* –I, Série A, nº 201 de 31/8/1995, disponible en: <http://dre.pt/pdf1s/1995/08/201A00/54645467.pdf> [Consulta: 2/9/2014].

Código de Processo en los Tribunales Administrativos, Ley nº 15/2002, de 22 de febrero, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis [Consulta: 4/9/2014].

Ley nº 50/2006, de 29 de agosto, *Aprova a lei quadro das contra-ordenações ambientais* *Diário da República*, I Série, nº 166, 29 de Agosto de 2006, disponible en: <http://dre.pt/pdf1s/2006/08/16600/62646274.pdf> [Consulta: 1/9/2014].

Decreto-Ley nº 150/2008, de 30 de julio, *que aprova o regulamento do Fundo de Intervenção Ambiental*, *Diário da República*, 1.ª série — N.º 146 — 30 de julio de 2008, modificado por la Ley nº 82-D/2014, de 31 de diciembre, disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2253A0019&nid=2253&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao= [Consulta: 1/9/2014].

Ley nº 41/2013, de 26 de junio, Código de Processo Civil, disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis [Consulta: 2/9/2014].

Ley nº 19/2014, 14 abril 2014, *Define as bases da política de ambiente*, *Diário da República*, 1.ª série, nº 73, de 14 de abril de 2014 del 2014 disponible en: <https://dre.pt/pdf1sdip/2014/04/07300/0240002404.pdf> [Consulta: 1/9/2014].

Reino Unido.

Ley de Responsabilidad Limitada, *Limited Liability Act*, 1855, 18 & 19 Vict., c. 133 (U.K.)¹³²¹.

Ley de Sociedades de Capital, *Joint Stock Companies Act*, 1856, 19 & 20 Vict., c. 47 (U.K.)¹³²².

Ley de Sociedades, *Companies Act*, 2006, disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> [Consulta: 19/06/2014].

Suecia.

Ley de Procedimientos Colectivos, de 30 de mayo de 2002, *Lag om Grupprättegångs* http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Lag-2002599-om-grupprattega_sfs-2002-599/ [Consulta: 1/9/2014].

3.2.3. Extranjeros no pertenecientes a la UE.

Bolivia.

¹³²¹ Citada por M. ORUGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liability*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 77. No se encuentra en el buscador de legislación del Parlamento de Reino Unido (<http://www.legislation.gov.uk/1855>).

¹³²² Citada por M. ORUGLU, *Multinational Enterprises and Tort Liability*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 77. No se encuentra en el buscador de legislación del Parlamento de Reino Unido (<http://www.legislation.gov.uk/1856>).

Ley nº133, del Medio Ambiente, de 27 abril de 1992, disponible en: <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=2173> [Consulta: 4/7/2015].

Brasil

Ley nº 4717, de 29 de junio de 1965, *Regula a ação popular*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm [Consulta: 12/7/2015].

Ley nº 7347 de 24 de julio de 1985, *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências*, modificada en última instancia por la Ley nº 13.004, de 24 de junio de 2014, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm [Consulta: 12/7/2015].

Constitución de la República Federativa de Brasil, 5 de octubre de 1988, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm [Consulta: 12/7/2015].

Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de defesa do consumidor)*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm [Consulta: 12/7/2015].

EE.UU.

Ley sobre la Asistencia Jurídica Internacional o *Foreign Legal Assistance Statute* (28 U.S. Code §1782), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782> [Consulta: 13/3/2014].

Constitución de los Estados Unidos de América, 1789, disponible en: <http://constitutionus.com/> [Consulta 14/01/14].

Civil Rights Act, 6 de julio de 1964, disponible en: <http://media.nara.gov/discovery/02233.pdf> [Consulta 14/01/14].

Ley sobre la Contaminación por petróleo, *Oil Pollution Act*, 1990 (33 U.S. Code Chapter 40 - Oil Pollution), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/33/chapter-40> [Consulta: 15/9/2014].

Ley contra la Discriminación, Código de EE.UU., 1994 (*42 U.S. Code § 12112, Discrimination*), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/12112> [Consulta: 13/3/2014].

Nigeria.

Ley del Petróleo de 31 diciembre de 1969. Disponible en: http://www.resourcegovernance.org/training/resource_center/nigeria-1969-petroleum-act [Consulta: 20/1/2013].

Constitución de la República Federal de Nigeria, 1999, disponible en: <http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm> [Consulta: 20/1/2013].

Ley del Procedimiento de Garantía de los Derechos Fundamentales, *Fundamental Rights (Enforcement Procedure) Rules*, 1 diciembre 2009, disponibles en: <http://www.refworld.org/pdfid/54f97e064.pdf> [Consulta: 1/7/2015].

Suiza.

Código civil suizo, de 10 diciembre 1907, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/21.html> [Consulta: 1/7/2014].

IV. OTRAS FUENTES.

4.1. Documentos de organismos supraestatales.

4.1.1. De las Naciones Unidas.

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Informe del Secretario General, Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas: "Consecuencias de las actividades y métodos de trabajo de las sociedades transnacionales sobre el pleno ejercicio de todos los derechos del hombre, en particular los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, habida cuenta de las directivas, reglas y normas internacionales existentes en esta materia", 1996 (E/CN.4/Sub.2/1996/12), disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=6900 [Consulta: 6/4/2015].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS Informes del Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, doc. A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008, nº51; doc. A/HRC/11/13, de 22 de abril de 2009, nº 52; A/HRC/14/27, de 9 de abril de 2010, nº51], disponibles en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TransnationalCorporations/Pages/Reports.aspx> [Consulta: 10/4/2015].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, HR/PUB/11/04, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 4/2/2015].

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, doc. A/HRC/20/29, de 10 de abril del 2012. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-20-29_sp.pdf [Consulta: 10/10/2014].

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 45/94, A/RES/45/94, 14 de diciembre de 1990, texto disponible en inglés en: <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r094.htm> [Consulta: 23/3/2015].

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 3-14 junio de 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 junio 1992, disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm> [Consulta: 21/3/2013].

CENTRO DE NACIONES UNIDAS SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES (UNCTC), United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, UNCTC Current Studies, Series A, nº 4, Nueva York, Septiembre 1986.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL), Working Group V (Insolvency Law) Thirty-first session Vienna, 11-15 December 2006, pp. 7-24. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/574/64/PDF/V0657464.pdf?OpenElement> [Consulta: 2/3/2015].

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL), Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, elaborado con ocasión del 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo V de UNCITRAL, Nueva York, 19-23 de abril de 2010, Doc. A/CN.9/WG.V/WP.92, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html [Consulta: 17/4/2015].

COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPEA DE LAS NACIONES UNIDAS, Present Status of the Convention of Geneva on Civil Liability for Damage caused during Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels (CRTD), 10 October 1989, disponible en: http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/legalinst_55_tdg_crtd.html [Consulta: 22/05/2014].

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO, Informe sobre las Inversiones en el Mundo – Panorama General, año 2009, disponible en: http://unctad.org/es/Docs/wir2009overview_sp.pdf [Consulta: 20/1/2015].

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO, Informe sobre las Inversiones en el Mundo – Panorama General, año 2011, disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2011overview_es.pdf [Consulta: 20/1/2015].

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (UNCTAD), Informe sobre las Inversiones en el Mundo, Panorama General, 2014, disponible en: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf [Consulta: 21/1/2014].

NACIONES UNIDAS, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo el 16 de junio de 1972, (A/CONF 48/18), Nueva York, 1973, disponible en: <http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf> [Consulta: 22/04/2014]; texto de la Declaración, pp. 3-7.

NACIONES UNIDAS, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Desarrollo Sostenible, Agenda 21, 1992, Información disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm> [Consulta: 5/7/2014].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas multinacionales y la Política social de la OIT, 4ª edición, 2006, disponible en la web: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang-es/index.htm [Consulta: 20/3/2015].

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Niger Delta Human Development Report, 2006, disponible en: http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/africa/nigeria/nigeria_hdr_report.pdf [Consulta: 7/02/2012].

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), “Environmental Assessment of Ogoniland Report”, agosto 2011, disponible en: <http://www.unep.org/disastersandconflicts/CountryOperations/Nigeria/EnvironmentalAssessmentofOgonilandreport/tabid/54419/Default.aspx> [Consulta: 30/1/2013].

4.1.2. De la Unión Europea

COMISIÓN EUROPEA, Communication from the Commission to the Council and Parliament and the Economic and Social Committee, Green Paper on Remedying Environmental Damage, Bruselas, 14 mayo 1993, COM (93) 47 final, disponible en: http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/environmental_damage_gp_com_93_47.pdf [Consulta: 25/10/2014].

COMISIÓN EUROPEA, White Paper on Environmental Liability, Bruselas, 9 febrero 2000, COM (2000) 66 final, disponible en: http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full.pdf [Consulta: 25/10/2014].

COMISIÓN EUROPEA, Public consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, 4 February 2011, SEC (2011) 173 final, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/cr_consultation_paper_en.pdf [Consulta: 11/6/2014].

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas”, 2012, COM (2012) 740/2. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740> [Consulta: 25/2/2015].

COMISIÓN EUROPEA, “Applicable Law –The Netherlands”, pº II.4, http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm [Consulta: 10/03/2013].

COMISIÓN EUROPEA, Directorate General for Health and Consumers, “Consumer redress- Czech Republic”, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/docs/MS_fiches_Czech_Republic.pdf [Consulta: 30/10/2014].

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo, Estrasburgo, 11 junio 2013, COM (2013) 401. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0401:FIN:ES:PDF> [Consulta: 14/6/2014].

COMISIÓN EUROPEA, Press Release: “Commission recommends Member States to have collective redress mechanisms in place to ensure effective access to justice”, 11 junio 2013, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_en.htm [Consulta: 10/9/2014].

COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 11/6/2013, (2013/369/UE), DOUE L 201/60, de 26/7/2013, vid. especialmente, Punto 3 a).

COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Competencia Publicaciones, Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014. Disponible en: <http://bookshop.europa.eu/es/competencia-pbNA7012013/> [Consulta: 29/1/2015].

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final, CESE 2013/5439, disponible en: <http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en&docnr=5439&year=2013> [Consulta: 27/12/2014].

PARLAMENTO EUROPEO, Resolution of 2 February 2012 on “Towards a Coherent European Approach to Collective Redress” (2011/2089 (INI)), P7_TA (2012) 0021. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+PDF+V0//EN> [Consulta: 10/12/2014].

PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI)), 2013, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0017+0+DOC+XML+V0//ES> [Consulta: 20/2/2013];

4.1.3. De la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económicos (OCDE)

OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> [Consulta: 20/1/2015]. Actualizadas, en versión inglesa: OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2014 disponible en: https://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf [Consulta: 20/2/2015].

OECD, Watch Quarterly Case Update December 2014, disponible en: http://oecdwatch.org/publications-en/Publication_4120/ [Consulta: 10/5/2015].

4.2. Documentos e información de páginas webs corporativas.

ENEL, "Report and Financial Statements of Enel, 2013", disponible en: http://www.enel.com/en-GB/doc/report2013/Report_and_Financial_Statements_of_Enel_SpA_at_December_31_2013.pdf [Consulta: 12/5/2014]

NESTLÉ, Informe Anual del Grupo Nestlé, 2013, disponible en: http://www.nestle.com/asset-library/Documents/Library/Documents/Annual_Reports/2013-Annual-Report-EN.pdf [Consulta: 15/1/2015].

NIGERIAN NATIONAL PETROLEUM CORPORATION website, www.nnpcgroup.com [Consulta: 12/02/2013].

SHELL, "The Shell Sustainability Report 2007: Responsible Energy", p. 24, disponible en: http://reports.shell.com/sustainability-report/2010/servicepages/previous/files/shell_sustainability_report_2007.pdf [Consulta: 2/2/2013].

SHELL, Annual Report and Form 20-F for the year ended 31st December 2006: Delivery and Growth, disponible en: <http://s06.static-shell.com/content/dam/shell/static/investor/downloads/financial-information/reports/2006/2006-annual-report.pdf>. [Consulta: 20/01/2013].

Sobre las normas globales para filiales y *joint ventures*: <http://s05.static-shell.com/content/dam/shell/static/environment-society/downloads/previous-hsse-standards.pdf>. [Consulta: 10/02/2013].

Sobre la política integrada: <http://www.shell.com/global/environment-society/s-development/our-commitments-and-standards/hse-com-policy.html> y http://www.shell.com/home/content/responsible_energy/integrated_approach/our_commitments_and_standards/global_environmental_standards/minimum_environmental_standards.html. [Consulta 10/02/2013].

SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT OF NIGERIA, Annual Reports 1997-2006. Información en: <http://www.shell.com.ng/environment-society/environment-tpkg/oil-spills/index1.html> [Consulta: 12/2/2012].

TANKERS OWNERS POLLUTION FEDERATION LIMITED, Acuerdo celebrado en Londres, 7 enero 1969, "Tankers Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution" (TOVALOP), disponible en: <http://www.jstor.org/stable/20690498?seq=1> [Consulta: 16/5/2014].

TANKERS OWNERS POLLUTION FEDERATION LIMITED, Acuerdo celebrado en Londres, 11 junio 1971, "Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution", (CRISTAL), disponible en: <http://www.jstor.org/stable/20690716> [Consulta: 16/5/2014].

4.3. Documentos e información de páginas web de ONG.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Incorporated Justice, disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/POL30/001/2014/en> [Consulta: 10/7/2014].

AMNISTÍAS INTERNACIONAL, France - Pour une législation sur l'obligation de vigilance des entreprises transnationales, SF 14 PA 35, Janvier 2015. Disponible en: http://www.amnesty.fr/sites/default/files/pour_une_obligation_de_vigilance_amnesty_international.pdf [Consulta: 15/3/2015].

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Nigeria: Petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger, 2009, AFR 44/017/2009. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/NIGERIA%20PETRÓLEO%20CONTAMINACIÓN%20Y%20POBREZA%20EN%20EL%20DELTA%20DEL%20NÍGER?CMD=VEROBJ&MLKOB=27598612319> [Consulta: 18/02/2013].

AMNISTÍA INTERNACIONAL Y LA EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ) Joint submission on the Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, June 2009, disponible en: http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/AI_ECCJ_Joint_Submission_Brussels_I_0609.pdf [Consulta: 10/5/2015].

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, Annual Briefing, January 2015, disponible en: <http://business-humanrights.org/en/business-rights-resource-centre-launches-its-third-annual-briefing-on-corporate-legal-accountability#c109245> [Consulta: 6/5/2015].

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER: "Boliden", disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Individualcompanies/B/Boliden> [Consulta 10/11/013].

EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, "Foreign Legal Assistance", presentación y factsheet disponibles en inglés en: <http://www.earthrights.org/legal/foreign-legal-assistance> [Consulta: 10/5/2015].

ENVIRONMENTAL DEFENDER LAW CENTER, "Residuos mineros de Suecia envenenan a niños chilenos". Disponible en: <http://www.edlc.org/es/cases/corporate-accountability/mining-waste-from-sweden-poisons-chilean-children/> [Consulta 10/11/2013].

ENVIRONMENTAL JUSTICE ORGANISATIONS, LIABILITIES AND TRADE (EJOL), "Legal Avenues for EJOs to Claim Environmental Liability", *Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade Report*, n°4, June 2012, disponible en: http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/08/120731_EJOLT-4-High.pdf [Consulta: 10/5/2015].

FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL, "Dutch court ruling against Shell a partial victory", disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2013/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 31/01/2013].

GALLUP ORGANIZATION, Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection, marzo 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_300_en.pdf [Consulta: 15/12/2014].

GREENPEACE, "La catástrofe de Chernóbil", disponible en: <http://www.greenpeace.org/espana/es/reports/la-catastrofe-de-chern-bil-co-2/> [Consulta: 10/2/2014].

INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE (IUCN), "Niger Delta Resource Damage Assessment and Restoration Project -Phase I Scoping Report", *Report from IUCN Commission on Environmental, Economic and Social Policy*, May 31st, 2006. [Consulta: 10/02/2012].

MILIEUDEFENSIE, Friends of the Earth, Netherlands, Shell courtcase documents, disponibles en: <https://milieudefensie.nl/english/shell/courtcase/documents> [Consulta: 10/5/2015]. Entre los citados:

Writ of summons, case Oruma Engels vs. Shell et al; disponible en: <http://www.milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013].

Statement of Defense on Appeal to Shell's Statement of Appeal (phase 1), Court of Appeal of The Hague, Docket date: 23 December 2014, p. 18. Texto completo disponible en: <https://milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-courtcase-defense-to-shells-statement-of-appeal> [Consulta: 5/5/2015].

Statement of defense in the jurisdiction motion in the motion by virtue of section 843a DCCP. Court of Appeal of The Hague, Docket date: 25 March 2014, Case n°: 200.126.849, p. 5. Disponible en: <https://milieudedefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/shell-courtcase-defense-in-jurisdiction-motion-ikot-ada-udo> [Consulta: 10/4/2015].

MILIEUDEFENSIE, "FOE-NL treats Shell shareholders to a Nigerian cocktail at the Worse Than Bad- Bar", disponible en: <http://www.milieudedefensie.nl/english/shell/news/foe-nl-treats-shell-shareholders-to-a-nigerian-cocktail-at-the-2018worse-than-bad2019-bar> [Consulta: 2/2/2012].

MILIEUDEFENSIE, "The people of Nigeria vs. Shell: The first session in the legal proceedings", December 2009. Extraído de: www.milieudedefensie.nl/english/shell/the-people-of-nigeria-versus-shell [Consultado el 20/01/2013].

MILIEUDEFENSIE, "Shell succumbs in the English case", disponible en: <https://milieudedefensie.nl/english/shell/courtcase/timeline> [Consulta: 4/7/2015].

PLATFORM LONDON, Particulars of Claims, Bodo case, disponible en: <http://platformlondon.org/wp-content/uploads/2012/06/The-Bodo-Community-and-The-Shell-Petroleum-Development-Company-of-Nigeria-Ltd.pdf> [Consulta: 12/5/2014].

PROFUNDO, Economic Research company, estudio encargado por la Plataforma "Bank tracking", 2009. Tanto los datos como el informe final están disponibles en: <http://www.nuclearbanks.org/#/more%20information> [Consulta 10/5/2014].

ORGANIZACIÓN DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Barómetro Global de la Corrupción 2013, disponible en: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/Barómetro_Global_2013/Indice_Barometro_2013.htm [Consultado el 15/01/2015].

THE REGIONAL ENVIRONMENTAL CENTER FOR CENTRAL AND EASTERN EUROPE, Handbook on Access to Justice under Aarhus Convention, Hungary, 2003, disponible en: <http://www.elaw.org/system/files/aarhus.Access.Justice.pdf> [Consulta: 23/10/2014].

4.4. Otros documentos de agencias e instituciones, públicas y privadas.

AGENCIA DEL MEDIO AMBIENTE Y AGUA, Junta de Andalucía, información institucional disponible en: <http://www.agenciamedioambienteyagua.es> [Consulta: 3/1/2015].

AGENCIA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA ATÓMICA, información sobre las convenciones y sus Estados contratantes en: http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/liability_status.pdf [Consulta: 10/5/2014].

AGENCIA SUECA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, web institucional: <http://www.naturvardsverket.se/en/> [Consulta: 2/9/2014].

ASIAN DEVELOPMENT BANK, Green benches: what can the People's Republic of China learn from environmental courts of other countries?, 2009.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, Las centrales nucleares en España en 2013, disponible en: <http://www.unesa.es/biblioteca/category/6-centrales-nucleares> [Consulta 20/4/2015].

ASSOCIATION POUR LE MANAGEMENT DES RISQUES ET DES ASSURANCES DE L'ENTREPRISE (AMRAE), "Prise de position sur le préjudice écologique", 5 diciembre 2013, disponible en la web de la AMRAE: <http://www.amrae.fr/prise-de-position-préjudice-ecologique> [Consulta: 29/19/2014].

BANCO MUNDIAL, Implementation of the Management Response to Extractive Industries Review, December 2006. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/eirmgmtresponse0109.doc.pdf> [Consulta: 2/2/2012].

BRITISH MINISTRY OF JUSTICE, Review of Brussels I Regulation, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf [Consulta: 12/02/2013].

CEDRE (Centre de documentation, de recherche et d'expérimentations sur les pollutions accidentelles des eaux) website, "Classement chronologique des accidentes". En: <http://www.cedre.fr/fr/accident/classement-chronologique.php> [Consulta 22/09/2013].

CONSEJO ASESOR DEL MEDIO AMBIENTE, WEB DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, información disponible en: <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funciones-estructura/organizacion-organismos/otros-organismos-organizaciones/consejo-asesor-de-medio-ambiente-cama/default.aspx> [Consulta: 3/1/2015].

DEPARTMENT OF PETROLEUM RESOURCES, Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry in Nigeria (EGASPIN), Lagos, 1991, Revised Edition 2002, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/233481740/The-Environmental-Guidelines-and-Standards-for-the-Petroleum-Industry-in-Nigeria-EGASPIN-2002> [Consulta: 2/3/2013]

DIRECCIÓN SUECA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES, web institucional: <http://www.konsumentverket.se> [Consulta: 2/9/2014].

DIRECCIÓN DANESA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES, web institucional: <http://www.consumerombudsman.dk/> [Consulta 2/9/2014].

FIDAC (Los Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos), Mapa de los Siniestros en: <http://www.iopcfunds.org/es/siniestros/siniestros-mapa/> [Consulta: 10/6/2015].

FIDAC, "Responsabilidad civil e indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. Textos del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992, el Convenio del Fondo de 1992 y el Protocolo relativo al Fondo Complementario", ed. 2011. Disponible en: http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublications/Text_of_Conventions_s.pdf. [Consulta: 23/09/2013].

FORO MUNDIAL DE LAS CULTURAS, Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, Conferencia de Monterrey, 2007, texto disponible en castellano en: <https://dhpedia.wikispaces.com/file/view/Declaraci%C3%B3n+universal+de+derechos+humano+s+emergentes.pdf> [Consulta: 21/3/2013].

GLOBAL CLASS ACTIONS EXCHANGE WEBSITE, Country Reports, Universidad de Stanford, disponibles en: <http://globalclassactions.stanford.edu/category/categories/country-reports> [Consulta: 20 noviembre 2014].

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Résolution de L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), "Obligations of Multinational Enterprises and their Member Companies", Lisbon, 1st september 1995, publicada en *Anuario IDI*, 1996, vol. 66-II, pp. 3369-3473. Disponible en su versión inglesa en: http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_04_en.PDF [Consulta 16/12/2013].
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/303> [Consulta: 23/02/2015].

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION sobre "Paris-Rio Guidelines of Best Practices for Transnational Group Actions", Río de Janeiro Conference, 2008, disponibles en: <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/42D26742-4ED3-4638-8C0DC8A15085A3D1> [Consulta: 16/12/2014].

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, International Civil Litigation and the Interest of the Public Committee, reunión de La Haya, Draft Report, n°54.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, Gobierno de España, Secretaría de Estado, información sobre centrales nucleares actualizada a diciembre de 2013, disponible en: <http://www.minetur.gob.es/energia/nuclear/centrales/espana/paginas/centralesespana.aspx> [Consulta 20/4/2015] y de

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, Gobierno de España, Secretaría de Estado, "Responsabilidad civil por daños nucleares. Instrumentos jurídicos", actualizados a diciembre de 2013 en: <http://www.minetur.gob.es/ENERGIA/NUCLEAR/COMPROMISOS/Paginas/responsabilidadcivil.aspx> [Consulta 20/4/2015].

NOTICIAS JURÍDICAS (Redacción), "Las diez claves del anteproyecto del Código Mercantil", *Noticias Jurídicas*, 2 junio 2014, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actual/3917-las-diez-claves-del-anteproyecto-de-codigo-mercantil.html> [Consulta: 3/2/2015].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN O ISO, Norma ISO 26000 (Responsabilidad Social), 2010, disponible en: http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL, website de la OMI, concretamente en: <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf> [Consulta: 24/4/2015].

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL, Manual sobre la contaminación ocasionada por hidrocarburos, OMI, CPI Book Limited, Londres, 2011.

TECHNICAL COMMITTEE ON NIGER DELTA, Report of the Technical Committee on the Niger Delta, November 2008. Texto del Informe disponible en inglés en: http://www.mosop.org/Nigeria_Niger_Delta_Technical_Committee_Report_2008.pdf [Consulta: 10/02/2012].

THE INTERNATIONAL TANKERS OWNERS POLLUTION FEDERATION LIMITED website: <http://www.itopf.com/>, especialmente: http://www.itopf.com/information%2Dservices/data%2Dand%2Dstatistics/statistics/documents/OilSpillstats_2013.pdf [Consulta: 18/5/2014].

4.5. Artículos de prensa.

L. BASSETS, "La compañía propietaria del 'Amoco-Cádiz', condenada a pagar 10.000 millones de indemnización", *Diario El País*, 12 enero 1988, disponible en: http://elpais.com/diario/1988/01/12/internacional/568940408_850215.html [Consulta: 25/3/2014].

C.A. BRADLEY & J.L. GOLDSMITH, "Judicial Foreign Policy We Cannot Afford", *The Washington Post*, 19 abril 2009, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/04/17/AR2009041702859.html> [Consulta: 3/4/2015].

S. CARCAR, "La propiedad de las nucleares enfrenta a Iberdrola y Fenosa", *Diario El País*, 24.10.2011, disponible en: http://elpais.com/diario/2011/10/24/economia/1319407206_850215.html [Consulta 11/5/2014].

O. CAZORLA Y M. GARTOR, "Los daños por los que la petrolera estadounidense Chevron aún no ha indemnizado a sus víctimas en Ecuador", *El Diario*, 6 junio 2015, http://www.eldiario.es/desalambre/petrolera-estadounidense-Chevron-impregna-Ecuador_0_395461212.html [Consulta: 10/6/2015].

S. CONSTANTE, "La sentencia a favor de Chevron es una burla para Ecuador", *Diario El País*, 4 marzo 2014, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/04/actualidad/1393964037_115458.html [Consulta: 24/12/2014];

A. DÍAZ, "Chernóbil 25 años después: consecuencias", *Diario El Mundo*, disponible en: <http://www.elmundo.es/especiales/chernobil/consecuencias/index.html> [Consulta 10/10/2013].

E. GISMATULLIN, "Shell Accused of Misleading Data Over Nigerian Spills", *Bloomberg*, 25th January 2011. Disponible en: <http://www.bloomberg.com/news/2011-01-25/shell-accused-of-misleading-data-over-nigerian-spills-update1-.html>. [Consulta: 11/02/2012].

P. GONZÁLEZ, "Francia se inhibe en favor de Corbución en el caso Prestige", *Diario La Voz de Galicia*, 24 de mayo de 2006. En: <http://otvm.uvigo.es/prensa/documentos/20060524LaVozDeGalicia.pdf> [Consulta:21/10/2013].

M.J. HAN VAN DE WIEL, "Oil pollution in Nigeria. Sabotage or rust?" Jun 2012. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/down-to-earth-magazine/artikelen/oil-pollution-in-nigeria.-sabotage-or-rust> [Consulta: 10/2/2013].

B. JAGGER, "Víctimas ecuatorianas luchan por hacer justicia frente a Chevron", *Diario El País*, 22 octubre 2013, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/22/actualidad/1382451405_141983.html?rel=rosEP [Consulta: 10/11/2014].

J. MARTÍN-ARROYO, "La justicia reinicia el caso Bolidén 15 años después de la catástrofe ecológica", *Diario El País*, 27 de abril de 2013. Disponible en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/04/26/andalucia/1367005336_258073.html [Consulta: 12/11/2013];

A. NELSEN, "Shell lobbied to undermine EU renewables targets, documents reveal", *The Guardian*, 27 April 2015, disponible en: <http://www.theguardian.com/environment/2015/apr/27/shell-lobbied-to-undermine-eu-renewables-targets-documents-reveal> [Consulta: 5/5/2015].

C. NWACHUKWU, "Oil spill: Shell modifies data to 70% from 98%", *Vanguard News*, 27th January 2011. <http://www.vanguardngr.com/2011/01/oil-spill-shell-modifies-data-to-70-from-98/>. [Consulta: 11/02/2013].

A. M. PAGE, "CSR's Moral Dynamics: Mining Giant Boliden Aims for Vindication, Continues Fight Against Chilean Community", *Corporate Social Responsibility Newswire*, 1/5/2014,

disponible en: <http://www.csrwire.com/blog/posts/1327-csr-s-moral-dynamics-mining-giant-boliden-aims-for-vindication-continues-fight-against-chilean-community> [Consulta: 5/5/2015].

M. RODAL, "La justicia holandesa condena parcialmente a Shell Nigeria por los vertidos", *Diario El Confidencial*, 30/01/2013. Disponible en: <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/01/justicia-holandesa-condena-parcialmente-shell-nigeria-20130130-88993.html> [Consulta: 10/02/2013].

M. SEGURA RAMOS, "Gallardón amplía la justicia gratuita a las ONG ecologistas que aplauden la decisión", *Efe Verde*, 29 abril 2014, disponible en: <http://www.efeverde.com/noticias/gallardon-amplia-la-justicia-gratuita-las-oeneges-ecologistas/> [Consulta: 2/1/2015].

F. THERIN, M. BERTOLINI ET AL, "La France rattrape enfin ses voisins européens", *MyEurop.info*, 13/02/2014, disponible en: <http://fr.myeurop.info/2014/02/13/class-action-la-france-rattrape-europe-consommation-13150> [Consulta: 20/09/2014].

J. VIÚDEZ, "La ley de justicia gratuita deja fuera a las organizaciones medioambientales", *Diario El País*, 14 de marzo 2014, Vid., http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/14/actualidad/1394817090_544361.html [Consulta: 2/1/2015].

A. YBARRA BORES, "A vueltas con Boliden", *El Correo de Andalucía*, 8 de agosto de 2004.

A. YBARRA BORES, "El laberinto de Boliden", *El Correo de Andalucía*, Tribuna de Opinión, 30 de mayo de 2005.

A. YBARRA BORES "Boliden: una vuelta de tuerca más", *Diario de Sevilla*, Tribuna, 30 de septiembre de 2006.

A. YBARRA BORES, "Abierto un nuevo frente de batalla", *El Correo de Andalucía*, 22 de junio de 2007.

"BP pagará 16.800 millones de euros por el derrame en el Golfo de México en 2010", *Diario Expansión*, 2 julio 2015, disponible en: <http://www.expansion.com/empresas/energia/2015/07/02/55954637ca47410a548b4583.html> [Consulta: 2/7/2015].

"Consommation : le Parlement adopte les « class actions » à la française", *Le Monde*, 13/02/2014, disponible en: http://www.lemonde.fr/vous/article/2014/02/13/consommation-l-action-de-groupe-votee-au-parlement_4365812_3238.html [Consulta: 20/09/2014].

"De Palomares a Aznalcóllar: historia de las catástrofes ambientales", *Diario Público*, 13/11/2013, disponible en: <http://www.publico.es/481974/de-palomares-a-aznalcollar-historia-de-las-catastrofes-ambientales> [Consulta: 25/03/2014].

"El director ve complicado un cambio de titularidad, pero confía en un acuerdo", *Periódico de Extremadura*, 22 de marzo de 2014, disponible en: http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/extremadura/director-ve-complicado-cambio-titularidad-confia-acuerdo_793966.html [Consulta: 12/5/2014].

"El Ministerio de Industria sanciona a la central nuclear de Almaraz con 900.000 Euros", *Periódico de Extremadura*, 24 de abril de 2014, disponible en: http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/extremadura/ministerio-industria-sanciona-central-nuclear-almaraz-900-000-euros_799765.html [Consulta: 12/5/2014].

"Las víctimas de la tragedia de Bhopal consideran la sentencia ridícula", *Diario El País*, 7 junio 2010, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2010/06/07/actualidad/1275861608_850215.html [Consulta: 24/12/2014].

“Presentan una demanda en Suecia contra Boliden por residuos tóxicos en Chile”, *Lainformacion.com*, 16/9/2013, disponible en: http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/mineria/presentan-una-demanda-en-suecia-contra-boliden-por-residuos-toxicos-en-chile_ELg3ZWcpBKWguw7Q1Aze16/ [Consulta 10/11/2013].

“Las demandas colectivas chocan con el sistema judicial español”, Web de Unión de Consumidores de Extremadura, 14 octubre 2014, disponible en: http://www.ucex.org/Noticias/demandas_chocan.html [Consulta: 14/10/2014].

4.6. Vídeos

L. EDMAN Y W. JOHANSSON, Documental sueco sobre el caso, “Toxic Playground”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9lQcXplytHU> [Consulta: 5/5/2015].