

LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES POR DAÑOS AMBIENTALES.

COLLECTIVE REDRESS IN TRANSNATIONAL ENVIRONMENTAL DAMAGES LITIGATION.

Laura García-Álvarez*

Sumario: I. LA IMPORTANCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES POR DAÑOS AMBIENTALES. II. LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL ÁMBITO DE LA UE. III. PRINCIPALES OBSTÁCULOS Y DISFUNCIONALIDADES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA. EN ESPECIAL: LA DETERMINACIÓN DE LA CJI. IV. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES.

RESUMEN: Las catástrofes ambientales 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, han puesto de manifiesto la especial naturaleza de los daños ambientales, 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 particular. Las acciones colectivas se revelan como un instrumento valioso en el acceso a la justicia por parte de los perjudicados por daños ambientales en los que frecuentemente concurre algún elemento internacional. Sin embargo, su aún incipiente regulación, especialmente en materia ambiental, impide o dificulta su empleo, con el consiguiente efecto negativo en términos de reparación de los daños, individuales y sociales, por parte de los presuntos responsables. Se analizan pues estos obstáculos con el fin de formular algunas propuestas de mejora de las acciones colectivas tanto a nivel nacional español como supranacional de la Unión Europea.

ABSTRACT: Environmental disasters occurred over the last century and the harmful effects that the industrial activity and our lifestyle have on the environment and, therefore, on our quality of life have brought to light the special and complex nature of environmental damages. These damages pose several challenges to Law in general and to Private international law in particular, as the presence of a foreign element is increasingly common in these cases. In this scenario, collective redress mechanisms appear as a useful tool to access effective justice for injured people. However, its deficient and incipient regulation, especially as regards environmental matters, makes its use difficult or impossible which results in an insufficient or inexistent repair of the damages, both the individual and the social ones. These obstacles will be analyzed in this work in order to make some proposals with the aim of improving both the Spanish and the European regulation of collective redress mechanisms.

PALABRAS CLAVE: acciones colectivas, acceso a la justicia, Derecho internacional privado, Derecho procesal internacional, daños ambientales.

KEYWORDS: *collective actions, access to justice, Private International Law, Procedural Law, environmental damages.*

Fecha de recepción del original: 23 de noviembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de diciembre de 2015.

* Dra. Derecho Internacional Privado, Becaria FPU, Universidad Pablo de Olavide. E-mail: lgaralva@upo.es

I. LA IMPORTANCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES POR DAÑOS AMBIENTALES

Las catástrofes ambientales 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 ambientales, 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 particular¹.

Frecuentemente se trata de daños que, por su magnitud y tipología, están plurilocalizados y afectan a una diversidad de Estados, o de daños transnacionales en los que el elemento internacional es inmaterial o jurídico². Así, la frecuente “internacionalidad” de los supuestos, la ausencia de fronteras físicas y jurídicas del

¹ 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. Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “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 (KISS, A., THOMAS C., SINH, N., PAYE, O., PATTERSON, E., etc., vid. nota 43). En general, sobre los efectos de la globalización en el Derecho internacional privado, vid., entre otros, MUIR WATT, H. “The relevance of Private International Law to the Global Governance”, en: MUIR WATT, H. & FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2015, pp. 1-17; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº9, 2000, pp. 7-32; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 37-87; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización...”, op.cit., pp. 17-58 y bibliografía allí citada; Ibídem, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002, *passim*; CALVO CARAVACA, A.L. & BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003; BONOMI, A., “Globalización y Derecho internacional privado”, en: DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., (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; BOUZA VIDAL, N., “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado” en: MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, pp. 293-306.

² 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, en el que es el elemento territorial/físico el que da el carácter internacional a la situación. Vid., VINAIXA MIQUEL, M., *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 24 y 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 BALLARINO, T., “Questions de droit international privé et dommages catastrophiques”, *Recueil des Cours*, 1990-I, pp. 289 y ss., p. 309.

medio ambiente y la pluralidad de perjudicados y de intereses lesionados, hacen que el Derecho internacional privado se vea directamente implicado.

Los intereses y bienes que pueden verse dañados ante un atentado ambiental son variados³ y, más aún, según la teoría que apliquemos a su determinación. Y es que la complejidad y la confusión reinante en el panorama doctrinal y jurisprudencial, junto con la heterogeneidad existente en Derecho comparado, no permite determinar fácil ni armónicamente su naturaleza ni, por tanto, su calificación y su consecuente tutela procesal. Así, para algunos autores y ordenamientos, los únicos daños medioambientales accionables por particulares ante los tribunales civiles 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”); en estos casos, los daños ecológicos sólo podrán ser reclamados por la Administración⁴ en tanto que titular de los bienes comunes o gestor de los bienes “de nadie” –ésta no es, a su vez, una distinción baladí-. Por su parte, otros autores y ordenamientos 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 puro⁵. Si bien el estudio de estas categorías desborda el

³ Utilizamos el término de “daños ambientales” por abreviar pero, bajo la denominación “daños ambientales”, genérica y ambigua desde el punto de vista jurídico, encontramos los daños a derechos individuales tradicionales, tutelables sin duda en el proceso 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. Éste último quedará al margen de este estudio por su consideración marginal por el Derecho privado en los ordenamientos de países de la UE, si bien haremos algunas referencias por la importancia que tendría su consideración civil. 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.

⁴ Ésta es en esencia la posición de España, criticada –opinión que compartimos- por: RUDA GONZÁLEZ, A., “Environmental Liability Cases: The Spanish Approach”, en: LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., *Collective Redress in Europe: Why and How?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 327-336, p. 331-333. Como veremos más adelante, para muchos autores la existencia de un derecho supraindividual al disfrute del medio ambiente y su accionabilidad directa en nuestro ordenamiento sería perfectamente defendible en base al art. 7.3 de la Ley Orgánica 7/2015, del Poder Judicial, de 21 de julio (BOE nº174, de 22 de julio de 2015), que entró en vigor el 1 de octubre de 2015.

⁵ 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 excepciones, como Portugal o Brasil, que sí

objeto de este artículo, conviene tenerlas en cuenta porque de su distinción dependerá directamente el acceso a la justicia civil, especialmente cuando la calificación del supuesto se hace no en base a una norma supraestatal sino de producción interna⁶.

La existencia de múltiples afectados y, también, la presencia de intereses supraindividuales afectados nos remite necesariamente a las acciones colectivas, con una complejidad propia y un desarrollo aún insuficiente a este respecto pero que sin duda es clave⁷ para la obtención de una tutela judicial efectiva, permitiendo 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, la dispersión geográfica o su distanciamiento con el hecho generador del daño- y una mejor articulación procesal que garantice el acceso a la justicia en toda su amplitud.

Existen otras muchas definiciones doctrinales de lo que entendemos por “acciones colectivas”, no todas apuntando en el 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 con mecanismos clásicos como litisconsorcios pasivos, intervención procesal o acumulación de acciones⁸. Así, no todos los interesados/afectados son parte procesal -en representación de su interés litiga una persona, un grupo o asociación...- pero los efectos de la sentencia sí les afectan -cumplidos determinados requisitos-, de manera

reconocen el perjuicio ecológico como generador de responsabilidad civil y prevén la legitimación individual. Una sentencia reciente paradigmática en este sentido es la del caso *Erika*, en Francia: “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.

⁶ A pesar del amplio ámbito de aplicación de los Reglamentos de la UE, esto puede ser un supuesto frecuente a la hora de determinar la competencia judicial internacional en presencia de demandados no domiciliados, como ocurre cuando los demandados son sociedades mercantiles pertenecientes a grupos societarios transnacionales con filiales no domiciliadas en la UE.

⁷ “(...) 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., KOCH, B.A., “Multiple Tortfeasors in Mass Tort Cases” en: VAN BOOM, W. H. & WAGNER, G. (EDS), *Mass Torts in Europe, Cases and Reflections*, De Gruyter, Tort and Insurance Law vol. 34, Berlin, 2014, pp. 173-197, p. 190.

⁸ 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.

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*)⁹, según los sistemas.

Definimos por tanto 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 de cuantos ámbitos de relevancia colectiva puedan contemplarse-; la acción, como tal, será derecho subjetivo de aquellos sujetos afectados en alguno de sus derechos y de cuantas personas la ley determine¹⁰.

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 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”¹¹.

Ahora bien, en el plano concreto del acceso a los procedimientos judiciales ante daños ambientales transnacionales, las insuficiencias en la regulación de las acciones colectivas son clamorosas. La territorialidad de los Estados nacionales choca aún con la protección de un bien de carácter global¹² y con la extraterritorialidad de la actividad

⁹ 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. Vid, JOHNSON, A., “To ‘Opt-in’ or to ‘Opt-out’-That is the question”, en: LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., *Collective...*, op.cit., pp. 61-66.

¹⁰ Vid. la definición de acción colectiva de A. GIDI que recoge parte de la doctrina, entre otros, CARBALLO PIÑERO, L.: “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., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, p. 88; SCHEPISI, C., “Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 4, 2010, pp. 1053-1085.

¹¹ Auto n.º 110/2005, de 16 de junio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), FD. 2º, [JUR 2005\173138].

¹² 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”. MARTÍN MATEO, R., *La revolución ambiental pendiente*, Lección inaugural del curso

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 ocurre con la posibilidad de accionar colectivamente para los perjudicados por daños ambientales¹³, en nombre propio o mediante un representante.

A continuación veremos cuál es la situación en el ámbito europeo de la regulación de estas acciones colectivas para posteriormente analizar los principales obstáculos y distorsiones percibidos en relación al acceso a la justicia.

II. LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL ÁMBITO DE LA UE

En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión ha considerado este asunto desde hace ya muchos años¹⁴, aunque sin que exista ninguna normativa vinculante al respecto,

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: 29/9/2015].

¹³ Obviamente, esto 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 Condordia* en enero de 2012). La amplia potencial aplicación de acciones colectivas a nivel europeo incrementa la relevancia de su estudio y regulación.

¹⁴ Con distintas iniciativas de armonización: Comisión Europea, Libro Verde, de 27 de noviembre de 2008, sobre recurso colectivo de los consumidores, COM(2008) 794 final (no publicado en el Diario Oficial); en el ámbito de la competencia: Comisión Europea, Libro Verde de 19 diciembre 2005, sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM (2005) 672 y Comisión Europea, Libro Blanco de 2 abril 2008, sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM (2008) 165 final; Comisión Europea, “El momento de actuar”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 31 marzo 2010, COM (2010) 135; Comisión Europea, “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión - Consulta pública, de 4 febrero 2011, SEC (2011) 173; Comisión Europea, “Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrasburgo, 11.6.2013, COM (2013) 401 final; Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 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, 2013/396/UE (DOUE 26 julio 2013, L 201/60). Amplia información en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/collective_redress_en.htm [Consulta: 14/11/2015]. Análisis en: SHELLEY, M., “Towards a Uniform European Approach to Collective Redress?”, *Newsletter of the Consumer Litigation Committee*, International Bar Association Legal Practice Division, mayo 2015, disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=9F8161E7-ED39-4F6C-B765-4D6C59E862C5> [Consulta: 11/11/2015]; AÑOVEROS TERRADAS, B., “Consumer Collective Redress under the Brussels I Regulation Recast in the Light of the Commission's Common Principles”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, n° 1, pp. 143–162, disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17536235.2015.1033202> [Consulta: 11/12/2015].

quizás a causa del principio de subsidiariedad y de la no interferencia en las normas del proceso civil de los distintos Estados Miembros (en adelante, EE.MM).¹⁵ 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 Comisión¹⁶ como sus Recomendaciones¹⁷ sobre estos remedios colectivos han incluido expresamente, como veremos, 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.

Con ánimo de incluir las diferentes manifestaciones y variaciones de este instrumento procesal de acuerdo a las distintas culturas jurídicas, las instituciones europeas mantienen una definición amplia de la acción colectiva. En el ámbito de la UE, el proceso de unificación del Derecho y, en especial, del Derecho internacional privado, parece ya inevitable¹⁸. En el texto de la Comunicación de la Comisión se entiende que es “(...) el mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda. Ese mecanismo facilita el acceso a la justicia, especialmente en los casos donde los perjuicios individuales son tan limitados que los demandantes potenciales podrían considerar superfluo interponer una acción. Además, refuerza el poder de negociación de esos demandantes potenciales y contribuye a la administración eficaz de la justicia, evitando la multiplicación de procesos por pretensiones derivadas

¹⁵ Así parece justificarse en las mismas Recomendaciones de la Comisión (op.cit., p. 3), aunque lo cierto es que esta línea podría haberse cruzado ya, entre otros, con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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, PE-CONS 80/14, capítulo II, arts. 5-6. En esta línea, vid., SHELLEY, M., “Towards a Uniform..”, op.cit., nota 55. Para otros autores, en cambio, la no vinculatoriedad, resultado de un debate largo y polémico, resultó decepcionante aunque, 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”. Vid., CLOUGH, M. 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: 27/10/2015] Volveremos sobre las posibilidades de armonización del Derecho procesal más adelante.

¹⁶ Comisión Europea, “Hacia un marco...”, op.cit., vid., especialmente, punto 1.3.

¹⁷ Comisión Europea, Recomendación ..., op.cit., vid. especialmente, Considerando 7.

¹⁸ Incluso se afirma que ostenta una posición en este ámbito comparable a la del Estado-nación. Vid., FALLON, M. & KRUGER, T., “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: PRETELLI, I., “Jurisdiction of the European Union and relations with third states” en: PRETELLI, I. & HECKENDORN, L. (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/join/2014/493024/IPOL-JURI_ET(2014)493024_EN.pdf) [Consulta: 4/10/2015]. Los autores se muestran completamente a favor de la armonización e, incluso, de la completa unificación de las normas de jurisdicción en la UE.

de una misma infracción”¹⁹. También el Parlamento hizo hincapié en la necesidad de considerar las diversas tradiciones jurídicas de los EE.MM. 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 colectivos²⁰.

Con este fin, la Comisión mantiene este concepto amplio de “recurso colectivo”²¹, entendiéndolo como “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 indemnización)”²². A pesar de este concepto amplio y de su carácter no vinculante, las Recomendaciones sí concretan algunas cuestiones y establecen principios generales que deberían estar incorporados en dos años desde su

¹⁹Comisión Europea, “Hacia un marco...”, op.cit., p. 4. También en: Comisión Europea, Recomendación..., op.cit., vid. especialmente, Punto 3 a).

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (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//ES> [Consulta: 10/11/2015].

²¹ No nos parece afortunada su traducción por “recurso”. En el mismo sentido, OTERO CRESPO, M., “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_Collectivas.pdf [Consulta: 12/11/2015]. Podríamos traducir *redress*, en sentido general, como *remedio* o *tutela*. De la misma opinión, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en: CORDÓN MORENO, F., et. al. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters- Aranzadi, vol. I (arts. 1 a 516), 2ª edición, Pamplona, 2011, p. 195, nota 7.

²² Si bien diversos autores han elaborado clasificaciones de las acciones colectivas, proponemos la elaborada por A. NUYTS 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* 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 ejercido su derecho a *opt out*. Las categorías han sido traducidas al inglés por la autora. Vid., “The consolidation of collective claims under Brussels I”, en: HATZIMIHAİL, N. & NUYTS, A. (eds), *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014, pp. 69 y 70. Otra clasificación más amplia en HESS, B., “Collective redress and the jurisdictional model of Brussels I Regulation”, en: A. NUYTS & N. HATZIMIHAİL (eds.), op.cit., pp. 59- 68, p. 59. 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).

adopción²³, especialmente dirigidos a litigios por daños a intereses individuales homogéneos ante los cuales existe una mayor posibilidad de consenso y una 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 Unión²⁴; se limita inferiormente a dos el número de demandantes²⁵; 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 (CJI) y determinación de la ley aplicable²⁶.

Ha sido el creciente reconocimiento de su importancia por parte de la doctrina²⁷ y la acogida de la litigación civil como instrumento útil y eficaz al servicio de los objetivos

²³ Esto es, el 26 de julio 2015, aunque aún no existen documentos oficiales que evalúen la evolución en las regulaciones de mecanismos de litigación colectiva.

²⁴ 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 en Europa. Vid. KRAMER, X., “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].

²⁵ Puede plantearse el problema de que se establezcan en cada Estado mínimos distintos. Así lo señala, para el caso específico de Polonia, OTERO CRESPO, M., “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.

²⁶ Sí encontramos breves comentarios en la Resolución del Parlamento Europeo, “Hacia...”, *op.cit.*, párrafos 26-28.

²⁷ Prueba de ello es el número de recientes publicaciones en torno al tema, entre las que destacan, junto con las ya citadas y por el tratamiento específico de las cuestiones medioambientales y/o novedad, las siguientes: HARSAGI, V. & VAN RHEE, C.H., (eds.), *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Ius Commune: European and Comparative Law Series, vol. 133, Intersentia, Amberes, vol. 133, 2014; LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V. (ed.), *op.cit.*

regulatorios de la Unión²⁸ y del derecho de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos los que han llevado a numerosas reflexiones y propuestas, en especial en referencia a los foros disponibles para la interposición de tales acciones, como veremos más adelante.

Sin embargo, aunque no son pocos los países de la UE que regulan algún tipo de acción colectiva²⁹, lo cierto es que la heterogeneidad de su tratamiento, la ausencia de previsiones supraestatales vinculantes³⁰, el ámbito de aplicación en ocasiones restringido a determinados supuestos, las posibles distorsiones entre la *lex causae* que determina la legitimación y la *lex fori* que regula la posibilidad de accionar colectivamente, las normas de determinación de la competencia judicial internacional -

²⁸ Una reflexión interesante sobre 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: GORYWODA, L., HATZIMIHAIL, N. & NUYTS, A., "Introduction: Market Regulation, Judicial Cooperation and Collective Redress" en: NUYTS, A. & HATZIMIHAIL, N. (eds.), op.cit., pp. 1-58, pp. 34 y ss.

²⁹ 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: LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., op.cit., pp. 97-390; SHELLEY, M., "Towards a Uniform.", op.cit., nota 55; FAIRGRIEVE, D. & LEIN, E. (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, *por todos*. También en: RUDA GONZÁLEZ, A., *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: 10/9/2015], pp. 624 y ss.; AA.VV. en: British Institute on International and Comparative Law, "Focus on collective redress- Member States" disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/member-states> [consulta: 11/11/2015]. La opinión sobre tales mecanismos de litigación colectiva ha ido mejorando en el ámbito de los países de la UE en los últimos años, pasando de un rechazo prácticamente generalizado a una preocupación cada vez mayor por 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.

³⁰ 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 discutido-. Sobre las acciones de clase y la importación o compatibilidad del régimen estadounidense con el europeo continental, vid., entre otros: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011, 184 pp.; CARBALLO PIÑERO, L., op.cit.; FERRERES COMELLA, A., "Las acciones de clase ("class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n° 11-2005, pp. 38-48; BACKHAUS, J.G., CASSONE, A., RAMELLO, G.B. (coord.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, 2012, pp. 306-326. Acerca de las objeciones -y respuestas- formuladas ante la posible introducción de demandas colectivas en un sistema legal civil, vid. bibliografía citada por: GIDI, A., "Acciones de grupo y "amparo colectivo" en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", p. 904, disponible en: <https://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Accionesdegrupo.doc> [Consulta: 29/9/2015]; GIUSSANI, A., *Studi Sulle "Class Actions"*, CEDAM, Padua, 1996; BORÉ, L., *La Défense des Intérêts Collectifs par les Associations Devant les Jurisdictions Administratives et Judiciaires*, LGDJ, 1997; CAPPELLETTI, M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989, p. 294; CARPI, F., "Cenni sulla Tutela degli Interessi Collectivi nel Processo Civile e la Cosa Giudicata", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n° 3, 1974, pp. 957-961, p. 957; CAPPALLI, R. & CONSOLO, C., "Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry", *Temple International & Comparative Law Journal*, 6, 1992, pp. 217-233, p. 217.

no específicamente pensadas para estos supuestos-, las limitaciones de representatividad de las asociaciones legitimadas, la financiación o el riesgo de procedimientos paralelos por la propia configuración de dichos mecanismos, entre otros, dificultan o imposibilitan el empleo de esta herramienta procesal cuya mejora redundaría³¹, que duda cabe, en un mejor equilibrio de las partes y en una mejor y más eficaz administración de justicia, especialmente cuando estamos ante intereses supraindividuales o ante una pluralidad de afectados en intereses individuales homogéneos.

Abordaremos a continuación, de manera más detallada, estas posibles limitaciones. Nos referiremos específicamente a los daños ambientales en tanto que intereses supraindividuales e intereses individuales homogéneos lesionados, si bien, como ya mencionamos, existen otros ámbitos en los que las acciones colectivas tienen y podrían tener un papel fundamental.

III. PRINCIPALES OBSTÁCULOS Y DISFUNCIONALIDADES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA. EN ESPECIAL: LA DETERMINACIÓN DE LA CJI

Como ya hemos mencionado, será muy frecuente la presencia de un elemento internacional en los supuestos de daños ambientales –y de otro tipo dentro de los intereses supraindividuales o individuales homogéneos- en los que se quiera recurrir a mecanismos de litigación colectiva. Por ello, el DIPr se ve directamente vinculado en relación a cuestiones como la determinación de la competencia judicial internacional, a las normas de conexidad y litispendencia para evitar procedimientos paralelos, al reconocimiento y ejecución de las posibles resoluciones –y a cuestiones vinculadas a éstos como la excepción de orden público, como veremos-, y, claro está, la ley aplicable.

A continuación los veremos con más detalle junto con otros obstáculos propios de la diversidad de normas procesales que generan diferencias considerables entre los EE.MM.. Esta *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

³¹ Por ello tanto la doctrina como las instituciones europeas recomiendan avanzar en su regulación y armonización. 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: 10/11/2015]. 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: 14/11/2015].

su alcance, lo cual perjudicará en la inmensa mayoría de los casos a los perjudicados por daños ambientales.

1. Las acciones colectivas y las normas de determinación de la competencia judicial internacional en el sistema español de DIPr.

Al no existir ninguna regulación uniforme vinculante a nivel supraestatal de acciones colectivas, los perjudicados que deseen hacer uso de estos mecanismos probablemente se inclinarán hacia jurisdicciones que reconozcan esta posibilidad y de manera más favorable a sus intereses, por encima incluso de otras consideraciones tradicionales como la ley aplicable, lo cual hace que el *forum shopping* adquiera un papel protagonista. La búsqueda del mejor foro no sólo afectará a las presuntas víctimas sino también a las empresas demandadas que podrán considerar, en sus decisiones de domiciliación o negocio³², la posibilidad 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 jurisdicciones³³ 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.

Veamos las normas de determinación de competencia judicial internacional en el sistema español de DIPr que pueden entrar en juego a la hora de plantear una demanda colectiva en materia de daños ambientales transnacionales para poder plantear reformas más ajustadas a la problemática que se nos plantea.

A. En presencia de normas supraestatales.

a) *Normas supraestatales convencionales.*

En los convenios internacionales aplicables en España en los que se regulan foros específicos de competencia judicial internacional para casos de daños ambientales³⁴ 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

³² Un factor más de incertidumbre es la posibilidad que deja el art. 63 del Reglamento 1215/2012 –sobre cuyo régimen profundizaremos *infra*, en el epígrafe 1.1.2- de que sea el demandante el que elija cuál es el lugar del “domicilio” de una persona jurídica entre las 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., LEIN, E., “Cross border collective redress and jurisdiction under Brussels I: a mismatch”, en: FAIRGRIEVE, D. & LEIN, E. (ed.), *Extraterritoriality...*, op.cit., pp. 129-140, p. 134 y bibliografía allí citada.

³³ *Ibidem*, p. 133.

³⁴ Principalmente, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por los daños a las aguas del mar por contaminación de hidrocarburos, firmado el 29 de noviembre de 1969, y sus posteriores Protocolos y modificaciones y el Convenio de París de 29 de julio de 1960 y el Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, de responsabilidad por daños causada por energía nuclear.

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.

b) Normas supraestatales institucionales: el Reglamento 1215/2012 y las acciones colectivas.

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 UE³⁵, 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 compensación³⁶. Si bien algunos autores han abogado por ello³⁷, en un instrumento diferenciado o 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 extensión³⁸, incluyendo

³⁵ Salvo que se trate de competencias exclusivas, de casos de sumisión válida –que veremos más adelante- o de foros de protección –cuando el asegurador, el co-contratante o empresario no estén domiciliados en el territorio de la UE pero sí tengan una sucursal, establecimiento o agencia en un Estado miembro o, en el caso del empresario no domiciliado, ante el órgano jurisdiccional i) del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o, ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador (vid., art. 21 Reglamento 1215/2012)-. Entre estas excepciones no se encuentran los foros destinados a litigios por daños ambientales, por lo que rige el requisito general de domiciliación del demandado. Si el demandado no está domiciliado y no estamos en estos supuestos, habrá que estar a las normas de producción interna.

³⁶ Ampliamente sobre esta cuestión en el ámbito de la UE, STADLER, A., “Mass Damages in Europe”, en: VAN BOOM, W.H. & WAGNER, G., (eds), *op.cit.*, pp. 197-229.

³⁷ A tal efecto se han propuesto diversos criterios 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.

³⁸ 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., CARBALLO PIÑERO, L., *op.cit.*, p. 97, citando a LAKKIS, P., MICHAILEDIOU, C., STENGEL, U., HAKEMAN, P.,...

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 en litigios por daños ambientales transnacionales?*

En primer lugar, el Reglamento prevé el juego de autonomía de la voluntad con foros de sumisión expresa y tácita (arts. 25 y 26)³⁹. Si existe acuerdo válido, entonces este foro será prioritario a cualquier otro. No obstante, en el caso, no infrecuente, de que los daños ambientales sean causados por grupos transnacionales de empresas, cabe sospechar de la validez de un acuerdo aquél y una comunidad de vecinos o una administración local de un país generalmente en vías de desarrollo o, simplemente, demandante de inversión extranjera 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 sumisión⁴⁰.

Sin perjuicio de las virtudes⁴¹ 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.

³⁹ Sobre la primacía de este foro, sus requisitos de fondo y forma y la cuestión de su exclusividad, vid., RODRÍGUEZ BENOT, A., “La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza: aspectos de derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2013, pp. 311-370, pp. 327- 333.

⁴⁰ 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).

⁴¹ 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., CALVO CARAVACA, A.L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Comares, 15ª edición, Granada, 2015, 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, algo que será frecuente en los casos de daños ambientales transnacionales.

Distinto a este supuesto es el de la sumisión tácita, que puede ser más frecuente en los casos que estudiamos⁴², para lo que simplemente es necesaria la comparecencia del demandado en el proceso –sin que el objeto de tal comparecencia fuese presentar declinatoria por la falta de competencia judicial internacional⁴³-. 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.

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 casos⁴⁴, como veremos a continuación.

Pues bien, si no existe sumisión válida, habrá que estar a las previsiones de otros foros aplicables en el supuesto que nos planteamos. Si bien es cierto que la regulación de la jurisdicción en el Reglamento se basa en una concepción del litigio individual –por lo que la competencia judicial internacional 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 concierne: el del domicilio del demandado

⁴² 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 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: 12/11/2015].

⁴³ 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).

⁴⁴ 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”.

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 pudiera producirse-.

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 económicamente⁴⁵. Por ello, este foro, como han señalado algunos autores⁴⁶, 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 protección-.

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 demandado⁴⁷, 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 –por tener que 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

⁴⁵ 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 todo caso, ya que, por ejemplo, al litigar contra grupos de sociedades transnacionales, ni mucho menos el poder de un grupo de consumidores o de afectados por daños ambientales – que a pesar de su balance coste-beneficio que 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: CARBALLO PIÑERO, L., op. cit., pp. 70 y 130, especialmente, p. 111 y bibliografía allí citada.

⁴⁶ HESS, B., op.cit., p. 63; LEIN, E., “Cross border...”, op.cit., p. 133.

⁴⁷ NUYS, A., “The consolidation...”, op.cit., p. 76 y bibliografía allí citada (nota 23).

que, de acuerdo a la teoría del mosaico –jurisprudencia caso *Shevill* y otros⁴⁸-, sólo son competentes en relación a los daños causados en el territorio de ese Estado, no respecto de las otras reclamaciones por daños⁴⁹.

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)⁵⁰. ¿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”.

⁴⁸ Según esta interpretación jurisprudencial, los tribunales de cada Estado del lugar de materialización del daño son todos competentes, pero sólo pueden conocer de los daños materializados en su propio territorio (*tesis del mosaico*), siendo el único tribunal que puede conocer de demandas de indemnización por la totalidad del daño el del lugar del hecho causal o acto generador, que es 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. El TJCE la aplicó en el asunto *Shevill* y dicha 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. Vid., STJCE 7 marzo 1995, as. *Fiona Shevill*, C-68/93. Vid. STJUE 16 de mayo de 2013, as. *Melzer*, C-228/11, y varias opiniones doctrinales: Vid., BOUREL, P., “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé”, *Recueil des Cours*, vol. II, 1989, pp. 251-398; BALLARINO, T., “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 Internationalen Umwelthaftungsrecht, Colonia, 1995, pp. 111-128.

⁴⁹ En el mismo sentido, vid., CARBALLO PIÑERO, L., op. cit., p. 121. Nótese que esto podría dar lugar a una multiplicación de los foros, motivo por el cual, según ciertos autores, debería 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.

⁵⁰ 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). Nótese que se hará referencia al Reglamento 44/2001, y por tanto al artículo 5.3 en lugar de utilizar el actual artículo 7.2, de idéntico contenido, del Reglamento 1215/2012, sustituto del primero.

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 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 criterio 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” (fd. 47 y 48).

2) El nuevo criterio 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 intereses⁵¹, la atribución de competencia a dicha órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia, recordado en el apartado 40 de la presente sentencia” (fd. 48).

3) El criterio de conexión del “centro de intereses” de la presunta víctima 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 requieren, asumiendo el *spill-over effect*⁵², 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

⁵¹ 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 Martinez*, fd. 49.

⁵² Así lo considera, NUYTS, A., “The consolidation...”, op.cit., p. 78.

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-*?⁵³

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 de 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 daños de manera suficiente como para cumplir con los requisitos de previsibilidad y buena administración de justicia”⁵⁴.

En el supuesto de daños al medio ambiente, entablar acciones colectivas parece esencial –por el acceso a la justicia, la operatividad y efectividad de la misma y por razones de economía procesal- ya que los daños 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 demandado, 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 domicilio⁵⁵ de la matriz en caso de que se demande a varias empresas pertenecientes a un grupo transnacional⁵⁶ -, 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 multinacionales y la específica naturaleza de los daños al ambiente, junto

⁵³ Sobre esta delicada cuestión, vid. TANG, Z., “Consumer collective redress in European Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 7, 2011, pp. 101-147, p.101 y TZAKAS, D., “Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: Panacea or Chimera?”, *Common Market Law Review* 48, 2011, pp. 1125-1174, p.1167.

⁵⁴ NUYTS, A. “The consolidation...”, op.cit., p. 79.

⁵⁵ 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: 16/11/2015].

⁵⁶ 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. CARBALLO PIÑERO, L. op.cit., p. 100. Es éste un supuesto frecuente en el ámbito de los daños ambientales transnacionales, vid. GARCÍA ÁLVAREZ, L., “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.

con la suscripción del Convenio de Aarhus⁵⁷ 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 siguientes⁵⁸:

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 demandante⁵⁹.

Sin embargo, si atendemos a la posible legitimación de las organizaciones no gubernamentales (ONG, en adelante)⁶⁰, cuya representatividad sí está limitada territorialmente⁶¹, 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 demandado, 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*⁶² 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

⁵⁷ Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Aarhus, 25 de junio 1998. 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: 22/10/2015]. Vid., también, 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).

⁵⁸ NUYTS, A., “The consolidation...”, op.cit., p. 72.

⁵⁹ 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. CARBALLO PIÑERO, L., op.cit., p. 87 y bibliografía allí citada (nota 192).

⁶⁰ Sobre qué se entiende por ONG, requisitos, tipos y relación con el Convenio de Aarhus, con un amplio análisis, vid., GARCÍA URETA, A., “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: 22/10/2015].

⁶¹ 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., *Ibidem*, pp. 71 y 73. Volveremos sobre esto más adelante.

⁶² *Ibidem*, p. 73.

daños masivos”, reconociéndose su capacidad y legitimación⁶³ aunque sea de otro Estado miembro, se entiende⁶⁴. 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*. No obstante, aunque éste puede redundar en un mayor coste de información, hay que recordar que no necesariamente es “fraudulento” o “negativo”, sino que puede responder a la lógica de los obstáculos que presentan los daños transnacionales y a una aspiración legítima a obtener una justa reparación por el daño⁶⁵. No compartimos que en todo caso la existencia de varios foros disponibles –y la posibilidad de elegir por parte del perjudicado- pueda llevar a un *forum shopping* “malo”⁶⁶.

3) En supuestos de daños ambientales causados por sociedades de grupos transnacionales que, como ya dijimos, son frecuentes, la posible consecuencia de

⁶³ 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: ADAM MUÑOZ, M.D., *El Proceso Civil con Elemento Extranjero y la Cooperación Jurídica Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 41-44; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. et al., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, p.131; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. & VIRGÓS SORIANO, M., *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 424.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ “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 –especialmente si se trata de litigios contra sociedades de grandes grupos transnacionales- es notoria. Vid., FERRARI, F., “Forum shopping in the international commercial arbitration context: Setting the stage” en: FRANCONI, F. (ed.), *Forum shopping in the international commercial arbitration context*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2013, pp. 1-21, pp. 3 y ss.

⁶⁶ Compartimos la visión de JUENGER, F.K., “Forum shopping, Domestic and international”, *Tulane Law Review* 63, 1989, pp. 553 y ss., especialmente, p. 569; IBÍDEM, “Environmental damage” en: MCLACHLAN, C. & NYGH, P. (eds.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 201-214; PALAO MORENO, G., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, 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.

que las sociedades sean sistemáticamente demandadas en los sistemas legales más exigentes con mecanismos de justicia colectiva más desarrollados y eficaces. Que esto sea un problema es discutible⁶⁷. 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 litigar⁶⁸, 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.

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 cabo⁶⁹. 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) En materia de reconocimiento, y aunque aún no nos constan precedentes, existe el riesgo de que pudiera plantearse la *excepción de orden público* si se pretende la ejecución o el reconocimiento de la sentencia sobre un procedimiento colectivo basado en el mecanismo “opt-out” si el Estado en el que se reconoce no contempla esa posibilidad, pudiendo interpretarse como contraria a su Constitución –derecho a accionar libremente, a elegir defensa, etc.- e incluso contraria al art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁰.

⁶⁷ Distinto es esto de la litigación fraudulenta o abusiva, poco probable en estos casos y sobre la que, no obstante, reflexionaremos más adelante.

⁶⁸ En una encuesta del Eurobarómetro del año 2011 encontramos el dato de que el 79% de los encuestados en los 27 EE.MM. 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: 15/11/2015], citado en: Comisión Europea, Comunicación..., op.cit., p. 8.

⁶⁹ De la misma opinión, NUYTS, A., “The consolidation...”, op.cit., p.72.

⁷⁰ FAIRGRIEVE, D., “The impact of the Brussels I Enforcement and Recognition rules on collective redress”, en: FAIRGRIEVE, D & LEIN, E., *Extraterritoriality...*, op.cit., cap. 10; STADLER, A., “Cross-border problems”, en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems> [Consulta: 15/11/2015].

5) 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 proximidad⁷¹, buena administración de justicia y previsibilidad, se cumplen. En cualquier caso plantearemos algunas propuestas en relación a este riesgo, teniendo en cuenta que la regla de *prior in tempore potior in iure* parece insuficiente.

Además, en el ámbito práctico, no parece muy probable que en los daños catastróficos 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, especialmente en los causados por corporaciones transnacionales, 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), *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- 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 H. MUIR WATT, “the Regulation is in its present form ill-equipped to deal with the onslaught of aggregate claims (...)”⁷². No incorporó, por lo demás, las propuestas planteadas en el proceso de revisión del Reglamento 44/2001⁷³.

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. Aunque abordaremos esa

⁷¹ 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., CARBALLO PIÑERO, L., op.cit., p. 101.

⁷² Vid., MUIR WATT, H., “The trouble with cross-border collective redress”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality ...*, op.cit., p. 111. También de esta opinión: LEIN, E., “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.

⁷³ 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.

posible regulación más adelante, volvemos ahora a los posibles foros de competencia judicial internacional cuando el Reglamento no sea aplicable, algo que puede ocurrir con frecuencia cuando se litigue contra varias empresas pertenecientes a un grupo de sociedades y alguna de ellas no esté domiciliada en la UE⁷⁴ (lo que impide la aplicación del Reglamento 1215/2012).

c) 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 (arts. 22 y ss. LOPJ⁷⁵)– 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 de litigar colectivamente suponga ningún cambio a efectos de jurisdicción y regulándose tal procedimiento por la ley del foro, como ya hemos visto. Ahora bien, tras la reciente reforma de la LOPJ, ya no se requiere que los demandantes que compongan el grupo tengan todos ellos su residencia habitual en España⁷⁶ –ni los demandados, si son varios–.

Sin embargo sólo son posibles en España las acciones colectivas 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. Aunque no sea materia de estudio en profundidad, no son pocos los autores que han criticado, no sólo la ausencia

⁷⁴ Como ya vimos, es un supuesto frecuente en daños ambientales transnacionales; piénsese en los casos de *Shell, Bodo, Arica, Transfigura*, etc.

⁷⁵ Nótese que han sido recientemente modificados por la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE nº174, de 22 de julio de 2015), que entró en vigor el 1 de octubre de 2015. Sobre la reforma, en especial en referencia a las normas de determinación de la CJI, vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., 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: 9/10/2015]; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”, 23 julio 2015, disponible en: <http://almacenederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj/> [Consulta: 9/10/2015].

⁷⁶ Como ocurría con el antiguo art. 22.3 LOPJ. Nótese que este requisito no era 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 acaecido en España pero sin importar la residencia de las víctimas –que éstas también se localicen en otros Estados–. Vid., CARBALLO PIÑERO, L., op.cit., p. 125 y bibliografía allí citada.

injustificada de los intereses ambientales en el artículo 11 LEC⁷⁷, sino también la falta de reglas y conceptos procesales adaptados a las nuevas realidades de los daños masivos que no pueden ser ventilados de la misma manera y que por tanto hace necesario superar el individualismo y la ortodoxia en el proceso civil⁷⁸. Volveremos sobre este particular a propósito de las propuestas y conclusiones, vid. *infra*.

2. La coherencia entre la legitimación material y los posibles accionantes en procesos colectivos. Problemas de ley aplicable.

Otro de los problemas que encontramos en relación a la posibilidad de litigar colectivamente en países donde sí se vea reconocido este derecho es el de la coherencia entre la legitimación material y la posibilidad de plantear o ser parte en una acción colectiva, algo que puede resultar especialmente problemático en el caso de las asociaciones y en litigios, no se olvide, en los que los daños son transnacionales y se litiga, por ejemplo, en el lugar del domicilio del demandado siendo éste distinto al lugar en el que se ha verificado el daño. Veamos por qué.

La legitimación se determina, según la mayoría de la doctrina internacional-privatista⁷⁹

⁷⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Artículo 11. ...”, op. cit., pp. 202-203, dedica 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 explícita que, a pesar de la LRM, los daños a los particulares siguen precisando tal extensión.

⁷⁸ Entre otros, la cosa juzgada, la litispendencia o el papel del Ministerio Fiscal. Vid., VARELA GARCÍA, C., “Hacia un nuevo proceso civil colectivo en el ejercicio de las acciones en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios”, Ponencia en las Jornadas de ADICAE, *Sin acción colectiva no hay justicia para los consumidores*, 2 octubre 2014, pp. 11-14, disponible en: [Consulta: 16/11/2015].

⁷⁹ GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de Les Illes Balears, 2ª Ed. Revisada, Palma, 2008, p. 85; ADAM MUÑOZ, M. D., op.cit., pp. 40 y 41; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. Y VIRGÓS SORIANO, M., op.cit., pp. 426 y ss.; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “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, pp. 6 y 7; CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, vol I, op.cit., pp. 750 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 7ª edición, 2013, p. 281; GRIEDER MACHADO, H., “El desarrollo del proceso” en: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. et al., op.cit., p. 131; VINAIXA MIQUEL, M., *Responsabilidad por...*, op.cit., pp. 370 y ss. y bibliografía allí citada (nota 914). Es común esta postura en la doctrina de otros países: SURANA, A., “International Civil Procedure and Principle of 'Lex Fori'”, 8/7/2006, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=915923> [Consulta: 17/11/2015]; VON BAR, C., “Environmental Damage in Private International Law”, *Recueils de Cours*, 1997, pp. 295-411, 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., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *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: 9/9/2015], BOE nº 264, de 4 de noviembre de 1987 y BOE nº 21, de 25 de enero de 1989.

-y debido a la ausencia de norma supraestatal de Derecho uniforme o conflictual⁸⁰- por 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 proceso⁸¹, ya que se considera una cuestión de fondo. Por tanto, dependerá de la *lex causae*⁸² que la asociación o el particular litigante sean considerados “legitimados materialmente”.

Esta “*lex causae*”, en el sistema español de DIPr y salvo en lo regulado por los instrumentos internacionales en vigor aplicables en España (para la contaminación del mar por hidrocarburos y los daños nucleares)⁸³, será, para daños ambientales, el art. 7 del Reglamento UE 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). 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

⁸⁰ 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, VINAIXA MIQUEL, M., *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.

⁸¹ 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 CALVO CARAVACA, A.L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, vol I, op.cit., p. 750.

⁸² 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 mayoritaria. Por ejemplo, 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 judicial. Vid., MIRALLES SANGRO, P.P., citada por GRIEDER, H., “El desarrollo...”, op.cit., p. 131. No se optó por la *lex causae* sino por la *lex fori* en el Convenio de Lugano de 1993. Vid., BOUZA VIDAL, N. & VINAIXA MIQUEL, M., “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, p.103 y bibliografía allí citada. En lo referente a los casos judiciales, el más claro y reciente es el de *Akpan vs. Shell*, en el que el Tribunal de Distrito de La Haya aplicó la ley del foro para determinar la legitimación de la ONG neerlandesa Milieudefensie. Vid., Vid. puntos 4.12 y 4.13 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*.

⁸³ 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.

pueda calificarse de “obligación extracontractual” y “materia civil”. Por tanto es una norma referida tanto para los daños ecológicos como a otras vulneraciones de derechos o intereses legítimos que provoquen aquéllos (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 resarcimiento entre la ley del lugar del hecho generador del daño y la ley del lugar donde se verificó el daño.

Por tanto, 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 conveniente. 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 mismo⁸⁴.

Ahora bien, no es esa ley sino la ley del foro la que determina que los perjudicados y eventuales demandantes puedan hacer uso de las acciones colectivas⁸⁵, 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 haga posible al no reconocerles el derecho o interés en cuestión.

Como vemos, la vinculación entre legitimación y acciones colectivas en los casos en los que se pretende obtener tutela de un interés supraindividual no es menor. Por ejemplo, el hecho de que una asociación pueda 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

⁸⁴ 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 judicial internacional, como ocurre con los Convenios en materia de daños nucleares. Vid., OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El Derecho...”, op.cit., p. 10.

⁸⁵ CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, vol. I, op.cit., p. 751; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El Derecho ...”, op.cit., p. 7; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. & VIRGÓS SORIANO, M., *Derecho...*, 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”; CARBALLO PIÑERO, L., op.cit., p. 69.

lex causae no se cumplieran los requisitos de representatividad⁸⁶ 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.

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, además de otros problemas de aplicación ante la heterogeneidad de la normativa procesal que se solventarían promoviendo la armonización 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 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 instituciones⁸⁷. 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.

3. El papel de las ONG, sus limitaciones, su representatividad y el beneficio de justicia gratuita.

No son mayoría los países en el ámbito de la UE que incorporan la posibilidad de legitimar a ONG en el proceso civil frente a terceros, 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 vida⁸⁸. Y esto a pesar de las

⁸⁶ 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. También, vid., CARBALLO PIÑERO, L., op.cit., p. 69.

⁸⁷ 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 sí contemplaría la *lex causae*, finalmente aplicable al litigio.

⁸⁸ Vid., ORTEGA BERNARDO, J., "¿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 de octubre de 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: 10/11/2015]. Para una reflexión más profunda acerca de la necesaria adaptación del Derecho procesal a los intereses difusos, vid., PALOMO VÉLEZ, D.I., "Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis*

recomendaciones presentes en distintos textos internacionales⁸⁹ y de los innegables efectos positivos que su actuación puede tener en la resolución de estos conflictos y en la protección de intereses supraindividuales⁹⁰.

No obstante, incluso en los países que sí lo admiten (por ejemplo, Francia, Países Bajos, Bélgica, Portugal, Suecia, etc.), sujeto lógicamente a determinados requisitos⁹¹, 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 paralelos⁹².

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.

⁸⁹ 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 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: 5/10/2015].

⁹⁰ Porque sus mayores recursos técnicos, jurídicos y económicos –respecto de los perjudicados en pocas ocasiones– favorece pleitos más fundamentados y coadyuva a que los responsables de los daños "respondan" y paguen los costes de los daños causados por su actividad. Igualmente podría decirse respecto de los daños ecológicos. Vid., reflexión sobre la importancia de la legitimación de las ONG ambientales en este ámbito y la insuficiencia estatal, RELVE, K., "Standing of NGOs in relation to Environmental Matters in Estonia", *Jurídica Internacional*, XI, 2006, pp. 166-168, p. 167. Disponible en: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2006_1_166.pdf [Consulta: 20/11/2015].

⁹¹ 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, que mayoritariamente se limita al ámbito administrativo y sólo minoritariamente se permite en el civil. Y 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 pretenden. Vid., RELVE, K., *op.cit.*, p. 174; DE SADELEER, N., ROLLER, G., DROSS, M., et al., *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs*, Final Report, 2005, pp. 21-28 y 38, disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-23/Amicus%20brief/AnnexHSadeleerReport.pdf> [Consulta: 20/11/2015].

⁹² Nótese que aunque el artículo se centre en daños ambientales, este problema relacionado con el requisito de representatividad vinculado al territorio será común a otros muchos ámbitos susceptibles de litigación colectiva.

Esto hace que, salvo que se establezcan mecanismos, como ha ocurrido en el ámbito de los consumidores, para el reconocimiento mutuo de las asociaciones que según el Derecho propio sean “representativas” –lo cual les otorga legitimidad (y con ella legitimación procesal) para la defensa de intereses supraindividuales-, aquéllas 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, 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” *ex ante*, 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 contaminado⁹³, lo cual implica que cualquier posibilidad de reparación pase por la acción correcta de las Administraciones públicas, cosa que, desafortunadamente, no debiera presumirse⁹⁴.

⁹³ La legitimación de las ONG se contempla de manera residual en el ordenamiento administrativo español en relación a los daños ambientales en los arts. 22 y 23 de 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), BOE nº 171, 19 de julio de 2006, para los *casos en los que las conductas reprochables del artículo 18 sean atribuibles a autoridades públicas*, y, en la Ley 26/2007, de Responsabilidad medioambiental (LRM), referida exclusivamente a los daños ecológicos, como mero poder de solicitud de inicio del procedimiento administrativo (pudiendo ser desestimada su solicitud motivadamente por la autoridad administrativa competente en una decisión que será recurrible) sin legitimación directa en el contencioso – a excepción del recurso de revisión-, sujeto a que: a) Tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; b) 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 y, c) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.

⁹⁴ 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: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 179-187; RUDA GONZÁLEZ, A., “Environmental Liability Cases: The Spanish Approach”, en: LEIN, E., FAIRGRIEVE, D. ET AL, *Collective...*, op.cit., pp. 327-336, p. 328. También: CARBALLO PIÑERO, L., 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. GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante 1996, p. 315, y bibliografía allí citada, y 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

Esto hace que, en casos de daños ambientales causados en terceros Estados – especialmente en los ocasionados por la actividad de 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 en el extranjero –generalmente por una sociedad- se pretenda demandar a la Administración española. Sin embargo, esto no ha sido siempre así. De hecho, 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 caracterizado, a diferencia del instaurado por la LRM, básicamente como civil, mayoritariamente objetivo y limitado⁹⁵, en el que se concedía legitimación activa, además de a los particulares afectados, a las organizaciones sociales cuyo objeto fuese la defensa del medio ambiente⁹⁶ para interponer acciones civiles de reparación por daños ecológicos⁹⁷, 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 sin duda tienen un tratamiento insuficiente en el marco de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, *cit. supra*.

Para evitar que la participación como parte de las ONG ambientalistas sea imposible -salvo en lo referente a un interés propio-, negándose en muchos casos 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,

clásica dicotomía entre lo público y privado para integrar una nueva categoría de la cual es titular la colectividad (...)"

⁹⁵ Vid., DE MIGUEL PERALES, C., (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: 9/10/2015].

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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., MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., "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 9/11/2015].

aunque teóricamente sí esté disponible, plantearémos al final del trabajo algunas propuestas.

Otra de las cuestiones significativas en materia de acceso a la justicia y participación de ONG ambientalistas es la financiación y el beneficio de justicia gratuita. En el ámbito nacional español, el reciente Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita dejaba fuera en un principio a estas organizaciones⁹⁸ 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 cuestión⁹⁹ tal y como queda patente en el debate de la totalidad del proyecto¹⁰⁰ con la enmienda del Grupo Popular. Finalmente, el Proyecto de Ley caducó y por tanto, en atención a la Ley en vigor, Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la legitimación se reconoce sólo a las asociaciones de utilidad pública –y fundaciones- cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar (vid., art. 2 c)), sin que se hayan reportado casos de litigación abusiva en razón de esta posibilidad ni respecto a la posibilidad de pactar sobre las costas¹⁰¹.

⁹⁸ VIÚDEZ, J., “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: 2/11/2015].

⁹⁹ Vid., SEGURA RAMOS, M., “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 2/11/2015].

¹⁰⁰ 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=PUWTDTS.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=PUWTDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-195.CODI.%29#(Página17)) [Consulta: 2/11/2015], vid. pp. 17 y ss.

¹⁰¹ GARCÍA RUBIO, M.P. & OTERO CRESPO, M., “The Spanish Approach to Collective Redress”, en: LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., *Collective...*, op.cit., pp.133-151, p. 149. Nótese que la diferenciación entre ONG –en general, sin especificar forma jurídica- y las asociaciones de utilidad pública y fundaciones no es baladí, puesto que podremos tener ONG que no sean ni fundaciones ni asociaciones de utilidad pública, sino meras asociaciones. Vid., la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (BOE nº 73, de 26-03-2002), artículo 32.1.e) y d).

En atención al alto coste que la litigación supone¹⁰² y al importante papel que pueden desempeñar las asociaciones en estos litigios, plantearemos algunas propuestas en este sentido al final del artículo que garanticen que el coste no sea un motivo de segregación o desigualdad entre perjudicados, aunque estos fueran extranjeros siempre que existiese una razonable conexión con el foro, lo cual se asumiría al admitirse la competencia judicial internacional sobre el asunto. Obviamente, esto haría previamente necesario que se reconociese a nivel interno su legitimación en procesos civiles al igual que ocurre en materia de consumidores o defensa de la igualdad de género¹⁰³.

4. El déficit de participación ciudadana, el desequilibrio entre las partes y sus consecuencias.

En íntima relación con el punto anterior, podemos afirmar que 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. Como abordamos con anterioridad, 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.

Parece importante señalar que las divisiones entre lo público y lo privado, lo individual y colectivo, y por tanto la legitimación procesal ante daños ambientales, 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 participativos¹⁰⁴, 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

¹⁰² 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. DE SALLES, C.A., *Exercução judicial en materia ambiental*, Ed. Revista de Tribunales, Sao Paulo, 1999, p. 127, citado por PALOMO VÉLEZ, D.I., op. cit., p. 194.

¹⁰³ Vid., FONTANILLA PARRA, J.A., “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, p. 1; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. & MORENO CATENA, V., *Derecho procesal...*, op.cit., pp. 93-96.

¹⁰⁴ 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., BECK, U., *Risk Society, Towards a New Modernity*, Sage Publications, London, 1992, pp. 155-191.

the enjoyment and judicial protection of certain rights which are classifiable neither as “public” nor “private” in the traditional sense”¹⁰⁵.

Sin duda, un 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.

5. La determinación de la ley aplicable.

Salvo en materias reguladas por Convenios supraestatales convencionales –daños nucleares y daños a las aguas del mar por hidrocarburos-¹⁰⁶, 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)¹⁰⁷, el 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 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

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, M., “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”, en: CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. (eds), *Access to Justice*, Vol. III, Emerging Issues and Perspectives, Sijthoff and Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, pp. 513 y ss., p. 521; EBBESSON, J. (ed), *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 4.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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., MICHINEL ÁLVAREZ, M.A., *El Derecho Internacional Privado en los Tiempos Hipermodernos*, Dykinson S.L, Madrid, 2012, p. 105.

cuestión esencial para la obtención de una tutela judicial efectiva y favorable a las víctimas¹⁰⁸.

El Reglamento 864/2007, en defecto de ley elegida por las partes (artículo 14)¹⁰⁹, contiene una norma específica que determina la ley aplicable a los daños medioambientales en su artículo 7¹¹⁰. Según el art. 7: “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 daño¹¹¹, 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 daño¹¹².

¹⁰⁸ Sobre esta importancia, vid., VAN DEN ECKHOUT, V., “The Private International Law Dimension of the Principles. An introduction”, 4/02/2015, p. 12, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2560268> [Consulta: 10/11/2015]; ANDERSON, M., “Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?”, *Washburn Law Journal*, 41, 2001, pp. 399-426. pp. 415 y ss.

¹⁰⁹ Muchos autores han criticado la posibilidad de acuerdos por la naturaleza peculiar de estos daños cuando los supuestos responsables son grupos societarios transnacionales, ya que puede provocar comportamientos oportunistas de estas empresas para conseguir llegar a acuerdos sobre la ley más favorable a sus propios intereses mediante presión. Vid. MICHINEL ÁLVAREZ, M.A., op.cit, p. 109 y bibliografía allí citada.

¹¹⁰ En caso de que como demandados tengamos dos o más sociedades de un grupo transnacional, podríamos recurrir al artículo 15, letra g), que regula la ley aplicable a la obligación extracontractual por actos de terceros -en caso de responsabilidad directa, ya sea objetiva o por culpa, y en caso de responsabilidad por actos de la filial-, por lo tanto el Reglamento regulará la ley aplicable tanto a la eventual responsabilidad de la filial como a la responsabilidad de la matriz. 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 nº 864/2007: “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”.

¹¹¹ 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., MOSCOSO RESTOVIC, P., “Principio *favor laesi* y parte más débil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 134, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 571-594, p. 581.

¹¹² 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., KNOEPFLER & F., SCHWEIZER, P., “Tchernobyl Action ouverte en Suisse for et droit applicable”, en: DUTOIT, B. et al., *Pollution transfrontière, Grenzüberschreitende Verschmutzung: Tschernobyl*, Schweizerhalle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, pp. 33-53; CALVO CARAVACA, A.L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Comares, 15ª ed., Granada, 2015, p. 1200; FACH GÓMEZ,

Partiendo de esta facultad de elección¹¹³ que facilita el análisis jurídico, podríamos plantear una cuestión interesante en relación a nuestro objeto de estudio: ¿Qué ocurrirá en supuestos en los que existe una pluralidad de víctimas, cada una eligiendo leyes diferentes? Es evidente que en supuestos transnacionales, los tribunales podrán enfrentar dificultades considerables para manejar esta diversidad de leyes aplicables al supuesto, en tanto que ni el Reglamento Roma II ni el Reglamento Roma I prevén reglas específicas sobre la determinación de la ley aplicable en supuestos de daños masivos. Algunos autores señalan que esta problemática podría atenuarse si los Derechos nacionales permiten la creación de “sub-grupos” en atención a la ley aplicable dentro del procedimiento¹¹⁴, aunque esto a su vez podría generar ulteriores problemas.

El Parlamento Europeo solicitó un nuevo examen sobre cómo modificar las normas de conflicto de leyes, considerando que la solución podría consistir en aplicar la ley del lugar en el que tengan su domicilio la mayoría de las víctimas, teniendo en cuenta que éstas podrían decidir no adherirse a un recurso colectivo opt-in y reclamar la indemnización a título individual de conformidad con las normas generales del Derecho internacional privado establecidas en los Reglamentos Bruselas I, Roma I¹¹⁵ y Roma II¹¹⁶. Lo curioso es que, pese a esta sugerencia del Parlamento, ningún aspecto propio de Derecho internacional privado fue abordado en las Recomendaciones, *cit. supra*.

6. La concurrencia de responsabilidades penales, civiles y administrativas ante daños ambientales y su fragmentación en diversos procedimientos, leyes y países.

La afectación de múltiples intereses ante un atentado ambiental supone la concurrencia de responsabilidades penales, civiles y administrativas, lo cual obliga a los sujetos perjudicados a fragmentar la realidad de los daños en diversos procedimientos, con diversas leyes e incluso en diversos Estados, contribuyendo, 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

K., "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; CASTERMANS, A.G. & VAN DER WEIDEN, J., *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: 12/10/2015].

¹¹³ 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., VAN DEN EECKHOUT, V., *op.cit.*, p. 18 y bibliografía allí citada.

¹¹⁴ STADLER, A., "Conflicts of laws in multinational collective actions –a judicial nightmare?" en: FAIRGRIEVE, D. & LEIN, E., *Extraterritoriality...*, *op.cit.*, cap. 11.

¹¹⁵ Reglamento CE n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 176/6, de 4/7/2008.

¹¹⁶ Parlamento Europeo, "Hacia...", *op.cit.*, párrafo 27.

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. En cualquier caso, si a esta complicación añadimos la de que existan múltiples demandantes, que en su elección sobre si recurrir secuencialmente o simultáneamente a las vías penal y civil o hacerlo de manera conjunta -esto es, con la acción civil subsumida en la penal-, la complejidad y las posibles distorsiones en cuanto a leyes aplicables y procedimientos se hace aún mayor.

7. Diversidad de tradiciones jurídicas y problemas en el reconocimiento de sentencias: la cuestión de orden público.

Un estudio de las regulaciones de las acciones colectivas en los EE.MM. nos lleva a pensar que la diversidad de concepciones en cuestiones ligadas a derechos fundamentales (derecho de defensa, de elegir a un abogado, etc.) y otros principios centrales del proceso civil (como la cosa juzgada) pueden suscitar problemas de 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 público¹¹⁷. Esta situación podría darse en caso de daños plurilocalizados con víctimas en diferentes Estados, contribuyendo también a aumentar el riesgo de procedimientos paralelos¹¹⁸.

¹¹⁷ 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., FAIRGRIEVE, D. & HOWELLS, G., "Collective redress procedures: European debates", en: FAIRGRIEVE, D. & LEIN, E. (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.

¹¹⁸ 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.

8. La confusión conceptual entre bienes, derechos e intereses afectados en catástrofes ambientales.

Muy unido a lo anterior, 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, confundándose 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. Esto abre un espacio de no responsabilidad para los presuntos responsables de los daños, 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 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, 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. Las acciones colectivas juegan un papel fundamental. 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 efectiva¹¹⁹, 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 internacionales y a la inclusión expresa del ámbito medioambiental en las propuestas relativas a los remedios colectivos de las instituciones europeas.

IV. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

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 oficialista¹²⁰ 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 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 o armonización debería estar basado en valores compartidos por los ordenamientos nacionales y en un proceso de aprendizaje conjunto de los Derechos de los diferentes EE.MM. –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

¹¹⁹ Numerosos autores se han hecho eco de esta opinión. En nuestro Derecho destaca especialmente: GOMIS CATALÁ, L., *op.cit.*, p. 311;

¹²⁰ Vid. MARI, L., “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).

–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.

Hecho este comentario, y a la vista del estado de regulación de las acciones colectivas y de los principales obstáculos que ésta supone para los perjudicados por daños ambientales, procedemos a continuación a realizar una serie de sugerencias para una posible regulación de la litigación colectiva a nivel supraestatal en el ámbito de la UE, desde la convicción de que el Derecho internacional privado y en especial el Derecho procesal internacional tienen un papel clave en la posibilidad de mejorar el acceso a la justicia y la protección de intereses supraindividuales -e individuales afectados masivamente- que, en esta sociedad globalizada y líquida, tienen cada vez un papel más importante. Y es que parece evidente 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.*”¹²¹.

En definitiva, se trata por tanto de conseguir que “los intereses privados” (o intereses económicos de la sociedad que se beneficia económicamente de dicha actividad) no prevalezcan sobre los intereses en primera línea de la sociedad (interés a la reparación ambiental y prevención general derivada de esa posible obligación de reparación) y se sienten así las bases de un *Estado ambiental de Derecho a escala global*¹²², logrando, en última instancia, una mejor protección del medio ambiente¹²³.

1. 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, 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

¹²¹ ELIANTONIO, M., et al., 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. 116. De la misma opinión respecto del proceso de acumulación de acciones en Derecho español, vid., GÓMEZ BERNARDO, N., “Acciones de grupo y su desacumulación subjetiva: una visión española, europea y estadounidense”, *Diario La Ley*, N° 8651, Sección Doctrina, 23 de noviembre de 2015, La Ley 6677/2015, pp. 1-18, p. 13.

¹²² JORDANO FRAGA, J., “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].

¹²³ 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., VERNET J., & JARIA, J., “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, p. 520.

complejas y con respuestas probablemente diferentes entre los EE.MM.. 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”¹²⁴.

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 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 Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Europea de Derechos Fundamentales 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

¹²⁴ HATZIMIHAİL, N. E., “Collective redress...”, en: NUYTS, A. & HATZIMIHAİL, N.E., op.cit., p. 327.

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, que de manera específica nos ha ocupado en este trabajo, el debate doctrinal es creciente y en dirección mayoritaria hacia la regulación y la armonización en el seno de la UE, que podría jugar un papel esencial en una cuestión en la que es vital equilibrar intereses de múltiples partes¹²⁵.

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.¹²⁶. Otros proponen la inclusión en el mismo Reglamento¹²⁷, ampliando la posibilidad del artículo 8.1 a múltiples demandantes y precisando la posibilidad de que el art. 7.2 se aplique a todos los demandantes con independencia de que el foro elegido sea el del lugar de verificación del daño¹²⁸. 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 armonización del Derecho

¹²⁵ 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. STADLER, A., “Cross-border problems”, disponible en: <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/cross-border-problems> [Consulta 10/11/2015].

¹²⁶ Vid., HESS, B., op.cit., p. 67.

¹²⁷ HATZIMIHAIL, N.E., “Collective redress...”, en: NUYTS, A. & HATZIMIHAIL, N.E, op.cit., p. 325 y bibliografía allí citada (esp. Nota 45).

¹²⁸ Vid., STADLER, A., “Mass Damages...”, op.cit., p. 229; NUYTS, A., “The consolidation...”, op.cit., p. 79.

procesal en la UE que dista aún mucho de ser una realidad porque, entre otras consideraciones¹²⁹, la heterogeneidad normativa de las leyes procesales de los EE.MM. - 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 y de acuerdo al principio de subsidiariedad, lo cual desaconsejaría su tratamiento en un Reglamento comunitario, como apuntamos.

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 ordenamiento y, en cualquier caso, más difíciles de aplicar. Por ello nos parecería conveniente su futura 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.MM.¹³⁰.

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

¹²⁹ 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., DE LA OLIVA SANTOS, A., Y CALDERÓN CUADRADO, M. P. (Dir.) et al, *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 70-150; JIMENO BULNES, M. (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; MARTÍN OSTOS, J. (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.

¹³⁰ Sobre el papel y el fundamento de la Directiva, vid.,

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114527_es.htm
[Consulta: 10/5/2015], con referencia a los arts. 288 y 289 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

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 garantizar¹³¹ y el cual debe afrontarse con premura.

Los principales puntos que deberían abordarse en la Propuesta de Directiva¹³² serían los siguientes en relación a las *acciones colectivas*:

a) 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.

b) 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 debida¹³³. Por ello, debería omitirse tal adjetivo que resulta, para el fin pretendido, innecesario y confuso.

c) 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*¹³⁴ según el caso, sean consideradas *representativas* en sus Estados de origen. Igualmente, debería incentivarse la adopción de convenios en este sentido con terceros Estados, especialmente con aquellos en los que empresas domiciliadas en un Estado de la Unión realizan

¹³¹ 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: 27/10/2015], vid. p. 3.3.

¹³² 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.

¹³³ De la misma opinión, vid., CLOUGH QC M. et al., Statement of the..., op.cit., p. 20.

¹³⁴ 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., CLOUGH QC M., et al., Statement of the..., op.cit., p. 22. Citando también a HODGES, C., *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Hart Publishing, 2008, pp. 70-76.

actividades económicas que sean potencialmente peligrosas para el medio ambiente (por ejemplo, industrias extractivas, transporte y almacenamiento de desechos tóxicos, etc.).

d) 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 centro del comportamiento empresarial denunciado.

e) 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 EE.MM. 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”¹³⁵. 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 concreto¹³⁶.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.

f) Aunque los llamados *problemas de agencia*¹³⁷ 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 realizado¹³⁸. 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 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 colectiva¹³⁹.

g) 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”¹⁴⁰.

h) 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 podría defenderse la posibilidad de que el juez tuviera cierto margen discrecional para decidir qué

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Merecen especial atención, no obstante, los siguientes: VAN BOOM, W.H. & WAGNER, G. (eds.), *Mass Torts in Europe: Cases and Reflections*, Gruyter, 2014; HENSLER, D.R., HODGES, CH., & TZANKOVA, I.N.,(EDS.), *Class Actions in Context*, Edward Elgar Publishers, 2014, citados por CLOUGH QC et al., Statement of the..., op.cit., p. 24.

¹³⁹ CLOUGH QC et al., Statement of the..., op.cit., p. 25.

¹⁴⁰ Vid., Recomendaciones europeas, punto 8. Y, sobre la crítica: CLOUGH QC, M., et al., Statement of the..., op.cit., p. 28.

parte de los costes serían asumidos por la parte perdedora según las circunstancias de ésta y las del caso¹⁴¹.

i) 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 existente¹⁴².

j) 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 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, sobre lo cual apuntaremos algunas medidas más adelante.

k) 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 - 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- para evitar

¹⁴¹ 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: 27/11/2015], 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”.

¹⁴² 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.

excepciones de orden público y problemas de reconocimiento. Podría decidirse un tipo u otro 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, etc¹⁴³. 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 panorama 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*¹⁴⁴.

l) 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 electrónico¹⁴⁵ 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*, debería poder complementarse con notificaciones más específicas y dirigidas a los potenciales interesados de acuerdo a la zona, al

¹⁴³ Y es que el modelo *opt-out* también tiene sus ventajas, como, entre otras, el *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., SUNSTEIN, C. R. & THALER, R. H., *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, pp. 1 y 105 y ss., citado en: CLOUGH QC, M. et al., Statement of the..., 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.

¹⁴⁴ 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, M. et al., Statement of the..., op.cit., p. 43.

¹⁴⁵ 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”.

mercado u otro denominador común que pudiera identificar al mayor número de perjudicados para que pudieran ejercitar sus derechos sin obstáculos.

m) 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 casos¹⁴⁶. 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 ELI¹⁴⁷ 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 para los casos necesitados de remedios colectivos en temas medioambientales¹⁴⁸. También nos parece especialmente interesante, como mecanismo complementario de financiación, el de micromecenazgo¹⁴⁹, cuya regulación a nivel europeo, desde un marco de requisitos comunes para que

¹⁴⁶ 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: SKINNER, G., MCCORQUODALE, R. & DE SCHUTTER, O., *The Third Pillar- Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR – CORE - ECCJ, December 2013, p. 78.

¹⁴⁷ Vid., Recomendaciones europeas, punto 8. Y, sobre la crítica: CLOUGH QC, M. et al., Statement of the..., op.cit., p. 31.

¹⁴⁸ Sobre financiación de las acciones colectivas, vid., TZANKOVA, I.N., “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..., op.cit., p. 33. También: MULHERON, R.P., “Cost shifting, Security for Costs and Class Actions”, en: NUYTS, A. & HATZIMIHAIL, N.E.(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/department/71112.pdf> [Consulta: 12/1/2015].

¹⁴⁹ 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.

podría funcionar en casos transnacionales respecto de las ONG litigantes, puede resultar conveniente.

n) 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 Bajos¹⁵⁰, 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, especialmente cuando existe un evidente desequilibrio de poder entre éstas.

o) En cuanto a la validez de los *daños punitivos*, pese a su prohibición en las Recomendaciones¹⁵¹, no existe aún consenso en la doctrina sobre si serían o no compatibles con los principios de la UE, ya que algunos países los contemplan¹⁵² y también los permiten normas europeas¹⁵³. 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 medida, si son acordes a su Derecho interno¹⁵⁴.

p) 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,

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ Vid., Comisión Europea, *Recomendaciones...*, op.cit., p. 10.

¹⁵² Especialmente, Inglaterra y Gales e Irlanda, pero también Chipre.

¹⁵³ 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...*, op.cit., pp. 53 y 54.

¹⁵⁴ Respecto de los daños punitivos, en particular, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Daños punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado español y europeo", en: HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 383 - 464.

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 autores¹⁵⁵, 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.

q) 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 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”.

r) 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 ONG¹⁵⁶. Por tanto, los *tribunales supraestatales a nivel de la UE deberían conceder legitimación a las ONG* que cumplieren 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.

s) 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

¹⁵⁵ CAPPELLETI, M., PISANI, P., MOREIRA, B., etc. en: GIDI, A., *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, n° 151., México D.F., 2004, pp. 71-72.

¹⁵⁶ Vid., ELIANTONIO, M., et al., op.cit., p. 116.

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 supone¹⁵⁷. No obstante, las distintas concepciones de los daños ambientales en los EE.MM. y su 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 reguladoras dentro de la UE, sino también de fuera: Brasil, Israel, India, Chile, EE.UU, Australia, 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 ELI¹⁵⁸, 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, 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. En este camino, las soluciones nacionales son también esenciales.

2. 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

¹⁵⁷Entre 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., *supra*, nota 102.

¹⁵⁸ CLOUGH QC et al., Statement of the..., op.cit., p. 25.

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 nacional¹⁵⁹, 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 administrativa¹⁶⁰, 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, prescindiremos aquí de los daños ecológicos, si bien, como ya dijimos, sería esencial que se ampliase la legitimación procesal para reclamar por ellos, que se desarrollaran con más precisión y amplitud las previsiones para daños transnacionales derivado del régimen de la Directiva, y, más allá, que incluso se debatiese su posible entrada en el Código civil, como está ocurriendo en Francia¹⁶¹ o, en su defecto, al menos la inclusión de una acción popular que permita incrementar la participación ciudadana y mejorar la reparación de los daños.

Dicho esto y siempre en materia medioambiental, nos parece 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 LEC¹⁶². 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*¹⁶³.

¹⁵⁹ Aunque el tema no parece estar en la agenda inmediata en España. Vid., GARCÍA RUBIO, M.P. & OTERO CRESPO, M, “The Spanish...”, op.cit., p. 151.

¹⁶⁰ Vid., Estudio de Uría Menéndez, CARLOS DE MIGUEL (coord.), op.cit., p. 19.

¹⁶¹ 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., AGUILA, Y. et al. (Le Club de Juristes), *Mieux réparer le dommage environnemental*, Janvier 2012, p. 39, disponible en: http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/03/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf [Consulta: 27/10/2015].

¹⁶² Además no hay que olvidar que tampoco quedan cubiertos por la LRM.

¹⁶³ 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

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 dañosos¹⁶⁴ 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 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 medioambientales¹⁶⁵.

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].

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ 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.

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 esto, que resultaría redundante a la vista del derecho del art. 24 CE en consonancia con el art. 45 CE y art. 7.3 LOPJ¹⁶⁶, 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 mencionado.

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.

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 proceso¹⁶⁷. Cuando se trate de daños transnacionales difusos, debería reconocerse como legitimada cualquier asociación que, cumpliendo estos requisitos, estuviera acreditada o fuese 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, por ejemplo, deberían poder litigar tanto asociaciones españolas como las de otro país de la UE que fuesen representativas y su ámbito de actuación –material y geográfico- abarcase el del caso concreto como también las

¹⁶⁶ Así lo recoge parte de la doctrina en materia de consumidores y usuarios, vid., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “Artículo 11...”, op.cit., p. 207. También: GOMIS CATALÁ, L., *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. *Ibidem*, 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 DUPONT, A.S., 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). DUPONT, A.S., *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d’atteinte au milieu naturel*, Schulthess, Genève, 2005, pp. 223 y ss.

¹⁶⁷ 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.

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, porque una tutela conjunta mejoraría el acceso a la justicia y su eficiencia y eficacia. 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: referirse a las acciones para la adopción de *medidas preventivas y a las 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*¹⁶⁸ 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 acuerdo¹⁶⁹, deberían ir 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

¹⁶⁸ La doctrina española se encuentra dividida en este sentido como reflejan REQUEJO, M. Y OTERO, M., “Collective redress in Spain: Recognition and enforcement of class action judgements and class settlements”, en: D. FAIRGRIEVE & E. LEIN (ed.), *Extraterritoriality...*, op.cit., pp. 309-331, p. 313 y bibliografía allí citada.

¹⁶⁹ 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., GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010, p. 93.

tampoco se creen incentivos para la litigación abusiva y sin indicios suficientes. Por ello, consideramos que más que su reconocimiento a asociaciones en todo caso, sería favorable 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.

En definitiva, podemos concluir que la regulación de las acciones colectivas tanto a nivel estatal como a nivel supraestatal dista mucho de ser satisfactoria en materia de daños ambientales, dificultando la adecuada administración de justicia y un acceso justo y eficiente a ésta, especialmente en supuestos transnacionales y con una pluralidad de perjudicados. La regulación de la acción colectiva para estos casos, en línea con las Recomendaciones europeas y considerando la especial y múltiple naturaleza de los comúnmente llamados “daños ambientales”, se advierte pues esencial y urgente. Y es que, 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 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”¹⁷⁰. Esperemos que sepamos encontrar los cauces oportunos, porque está en juego el medio ambiente, un bien con una incidencia innegable y directa en nuestra calidad de vida y en la salvaguarda de los derechos humanos.

¹⁷⁰ ALMAGRO NOSETE, J., “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, recogido en: *Consideraciones de Derecho Procesal*, Librería Boch, Barcelona, 1984, pp. 133-149.