

Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental
Pablo Salvador Coderch, Fernando Gómez-Pomar Pérez, Mireia Artigot i Golobardes, Yolanda Guerra Aznar

Sumario

- Introducción
- ¿Qué es la responsabilidad ambiental?
 1. Propósito de la responsabilidad ambiental
 2. Tipos de daños al medio ambiente para los que resulta adecuado el régimen de responsabilidad
- Argumentos que justifican la instauración de un régimen comunitario y efectos del mismo
 1. Aplicación de los principios ambientales básicos del Tratado CE
 2. Descontaminación y restauración del medio ambiente
 3. Impulso a la aplicación de la legislación ambiental comunitaria
 4. Mejora de la integración
 5. Mejora del funcionamiento del mercado interior
 6. Efecto previsto
- Características que podría presentar el régimen comunitario de responsabilidad ambiental
 1. Carácter no retroactivo
 2. Ámbito de aplicación
 - a. Daños que debe cubrir el régimen
 - b. Actividades que estarán contempladas
 3. Tipos de responsabilidad, circunstancias atenuantes o eximentes (rectius: excepciones oponibles) y carga de la prueba
 4. ¿A quién se debe responsabilizar?
 5. Criterios para los diferentes tipos de daños
 - a. Daños a la biodiversidad
 - b. Lugares contaminados
 - c. Daños tradicionales
 - d. Relación con la Directiva sobre responsabilidad por los productos defectuosos
 6. Descontaminación y restauración efectivas del medio ambiente
 7. Acceso a la justicia
 - a. Responsabilidad a dos niveles: El Estado debe ser responsable en primer lugar
 - b. Casos urgentes (medidas cautelares y coste de las acciones preventivas)
 - c. Garantizar un nivel suficiente de conocimientos y evitar gastos innecesarios
 8. Relación con los convenios internacionales
 9. Garantía financiera
- Diversas opciones de actuación comunitaria
- Subsidiariedad y proporcionalidad
- impacto económico global del régimen comunitario de responsabilidad ambiental
- Conclusiones

* Agradecemos la colaboración de Álvaro Luna Yerga y Jordi Carrasco Martín en la investigación.

- **Introducción**

En este primer apartado, el [Libro Blanco](#) (LB) declara que el objetivo principal de la política comunitaria en la materia que constituye su objeto evitar los daños al medio ambiente, y sugiere ulteriormente que un instrumento adecuado para alcanzarlo sería una Directiva comunitaria que estableciera un régimen de responsabilidad civil con eficacia auténticamente preventiva¹. Los autores de estas Observaciones suscriben la concepción básica del LB, pero con ellas tratan de contribuir a precisar ciertos aspectos a los que el LB tan solo apunta cuando describe el supuesto de hecho y las consecuencias de derecho del régimen propuesto. En particular, en lo referente a los aspectos relacionados con la identificación de los distintos tipos de daños al medio ambiente, los métodos de su valoración y la diferencia entre indemnizar daños y restaurar el medio ambiente dañado. Igualmente, se ha prestado atención a la conexión entre los distintos estándares de responsabilidad esbozados por el LB y el riesgo inherente a las distintas clases de actividad.

- **¿Qué es la responsabilidad ambiental?**

En esta sección inicial el LB no ofrece una descripción, siquiera somera, de los rasgos esenciales que podrían caracterizar a un sistema de responsabilidad ambiental. Parece que da por bueno un concepto básico consistente en la obligación de indemnizar, compensar o restaurar el daño medioambiental causado.

1. Propósito de la responsabilidad ambiental

Ya la intención del LB de introducir un régimen de responsabilidad civil ambiental, entendido, en principio, sin muchas más precisiones (véase, por ejemplo, la sección 4.5) como sistema de indemnización, compensación o restauración del medio ambiente dañado, suscita de entrada algunas perplejidades:

- El LB parece presuponer que la nueva regulación de responsabilidad civil se sumaría a las regulaciones públicas de las actividades potencialmente contaminantes y a los regímenes de sanciones administrativas y penales ya existentes. Ello puede producir un **efecto de sobreprevención** de actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente [es bien conocido en la teoría económica el resultado de sobreprevención cuando se combina la regulación pública de niveles de precaución que sería óptima en ausencia de responsabilidad por daños con un (nuevo) sistema de responsabilidad: Steven Shavell, "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation", en *Rand Journal of Economics* (1984), p. 271; Charles Kolstad, *Environmental Economics*, Oxford (2000), p. 235].

Es necesario un análisis detenido de la regulación penal y administrativa vigente en los distintos Estados miembros antes de añadir sin más una regulación comunitaria sobre responsabilidad civil medioambiental. La consideración y diseño aislados de uno solo de los instrumentos que el sistema jurídico pone a disposición de la política ambiental pueden provocar consecuencias imprevistas y distorsionantes en la eficiencia global

¹ El Libro Blanco describe además en este apartado la estructura del texto y sus antecedentes, temas que los autores no considerarán en sus Observaciones.

del sistema de protección ambiental. Lo decisivo no es el funcionamiento de cada uno, sino si el efecto conjunto sobre la prevención de los daños medioambientales es el socialmente deseable.

- El principio “Quien contamina paga” y las consecuencias resultantes del mismo para un sistema de responsabilidad ambiental se enuncian de forma ambivalente –“el contaminador debe pagar la reparación de los daños”-. Pero, en el LB, “reparar” significa dos cosas muy distintas, pues se trata de asumir² los gastos de:

- a) “**Restauración**” o de
- b) “**Compensación**” de los daños causados.

La restauración puede resultar más o menos costosa que la compensación o indemnización y, en el límite, puede ser infinitamente costosa, es decir, imposible, o, en el otro extremo, inútil, desde un punto de vista económico. Legalmente, restauras cosas, pero indemnizas a personas. La distorsión de los efectos de prevención, dadas las posiblemente elevadas diferencias entre el daño que, mejor o peor evaluado, habría que indemnizar, y el coste de restaurar, es potencialmente importante.

Se propone entonces que desde el primer momento se establezca un criterio normativo de distinción sobre los supuestos de hecho y las consecuencias de derecho de restauración y compensación. Es esencial delimitar con precisión al titular o titulares de la pretensión de que se trate.

2. Tipos de daños al medio ambiente para los que resulta adecuado el régimen de responsabilidad

Para delimitar qué tipo de daños se incluirían en el nuevo régimen de responsabilidad, el LB recurre a varios índices:

- La distinción entre **daños concentrados** (sucesos discretos, o si continuos, derivados de fuentes fácilmente identificables, como lo sería la contaminación de una superficie definida de territorio) y **daños difusos** (lluvia ácida). La distinción es polar, *ergo* funciona mal si no se perfila con claridad y aunque se perfile con claridad: la realidad no es polar.

¿Es el caso Chernobyl un daño difuso o concentrado? Ciertamente, la responsabilidad civil funciona mal en casos de daño difuso, pues, al haber por hipótesis muchas víctimas, el incentivo individual a reclamar es reducido y los costes de gestión de las reclamaciones son fácilmente elevados.

- La idea de que “tiene que haber uno o más **actores identificables**” (dañadores), es decir, que el daño debe poder ser imputable a un comportamiento humano activo u omisivo. Sin embargo, no se hace esfuerzo alguno por definir los criterios de imputación.

² El LB dice que los causantes de la contaminación “correrán el riesgo” de asumir los gastos de que se trata. Pero si se supone que la identidad de los causantes es conocida, que la ley se aplica en todo caso de daños y que el importe de estos es siempre conocido en su integridad, entonces, los causantes de daños corren algo más que un mero riesgo de ser condenados a restaurar o compensar.

- La mensurabilidad del daño: los daños (económicamente) incuantificables podrían quedar al margen del sistema, salvo a través de la vía del coste de restauración.

- La relación de causalidad. Se supone que el LB se refiere a causalidad naturalista o *causation in fact*. Hay que prever cuestiones de causalidad múltiple y de causalidad probable: el sistema ha de definir estándares de carga de prueba en ambos casos.

- **Argumentos que justifican la instauración de un régimen comunitario y efectos del mismo**

1. Aplicación de los principios ambientales básicos del Tratado CE

El LB incorpora el resultado básico de la teoría económica de la responsabilidad: **si los contaminadores se ven obligados a pagar por el daño causado, reducirán el nivel de contaminación hasta el punto en el que el coste marginal de tal reducción iguale la indemnización que se evita** (“if polluters need to pay for damage cost, they will cut back pollution up to the point where the marginal cost of abatement exceeds the compensation avoided”, dice la versión en inglés del LB³). En efecto, si el contaminador espera pagar una indemnización que refleje el verdadero coste ambiental de su actividad, optará por el nivel de contaminación que resulta socialmente óptimo, igualando el coste marginal de la reducción de la contaminación con el beneficio marginal de la reducción de la indemnización esperada.

Ahora bien, esta conclusión deriva de supuestos no explicitados:

- a) La indemnización a cuyo pago será condenado el contaminador coincidirá exactamente con el daño ambiental realmente acaecido.
- b) No hay posibilidad alguna de que el contaminante eluda el pago de la indemnización, sea ya porque escape a la aplicación de la ley, sea ya porque la indemnización a cuyo pago resulte condenado sea inferior a los daños causados: es decir, todos los contaminadores son perseguidos y todos ellos resultan condenados a pagar por el importe exacto de los daños causados.

³ La versión en español dice: “Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en el que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar”. Y según la francesa: “Si les pollueurs doivent réparer les dommages causés en supportant les coûts correspondants, ils réduiront la pollution tant que le coût marginal de dépollution reste inférieur au montant de la compensation ainsi évitée”. La alemana dice: “Wenn die Verschmutzer für die verursachten Schäden bezahlen müssen, werden sie die Umweltbelastung so weit verringern, daß die Grenzkosten für deren Minderung den umgangenen Schadensersatz übersteigen”. Probablemente, las versiones más correctas son la inglesa y la francesa.

- c) No hay problemas de concurso de distintos agentes en la producción del daño ambiental (pluralidad de agentes causales).

Por lo tanto, una internalización perfecta de costes medioambientales y unos niveles óptimos de prevención de conductas perjudiciales para el medio exigen varios supuestos, cuya concurrencia en la realidad tendrá lugar muy raramente. Con todo, la prevención y la internalización de efectos externos negativos que puede lograr la responsabilidad medioambiental es muy importante, y su impacto beneficioso en el desarrollo y extensión de tecnologías más limpias no debe minusvalorarse.

Ahora bien, un exceso de optimismo acerca de la eficacia preventiva de la responsabilidad por daños ambientales –ardua de medir con un mínimo de rigor y prácticamente imposible a corto plazo– puede generar una reacción de frustración si las expectativas no se ven pronto confirmadas por una mejoría perceptible en el comportamiento de los agentes potencialmente lesivos para el medio ambiente.

2. Descontaminación y restauración del medio ambiente

El LB persigue no sólo dar cumplimiento al principio “quien contamina paga”, sino también que las cantidades que efectivamente pague el contaminador redunden en la restauración o recuperación del medio ambiente dañado mediante los trabajos precisos para restablecer los ecosistemas dañados.

En efecto, el LB dice literalmente:

“Para que el principio de que quien contamina paga resulte realmente operativo, los Estados miembros tienen que garantizar la descontaminación y la restauración o la sustitución del medio ambiente en los casos en que haya un contaminador responsable, asegurando que la indemnización que éste pague se destine a tal fin” (p. 12).

“Se debe imponer a los Estados miembros el deber de garantizar en primer lugar la reparación de los daños a la biodiversidad y la descontaminación (*responsabilidad en primera instancia*), utilizando para ello la indemnización o compensación pagada por el responsable de la contaminación” (p. 24).

Para conseguir ambos objetivos serán decisivos el compromiso y la participación de los poderes públicos de los Estados miembros, sin cuyo concurso será difícil que quien contamine un bien ambiental no apropiable o de propiedad colectiva tenga que hacer frente a la obligación de pagar el daño causado. Además, será necesario que aquéllos garanticen que el destino de las indemnizaciones recaudadas sea realmente la recuperación de los elementos del medio ambiente que habían resultado afectados.

A lo anterior hay que formular algunas observaciones:

- a) La eficacia preventiva de la responsabilidad civil no depende para nada del destino ulterior de las cantidades obtenidas en concepto de indemnización, pues el contaminador potencial se guardará muy mucho de causar daños por los que haya de pagar y, además, le resultará del todo indiferente en qué se vaya a gastar el importe en cuestión.

- b) Entonces, desde un punto de vista exclusivamente económico, incluso en el caso en que los daños causados al medio ambiente sean perfectamente cuantificables, las cantidades en cuestión deberían asignarse a las finalidades socialmente más deseables, que pueden ser o no ser las de restauración del medio ambiente históricamente dañado. Así por ejemplo, la restauración de los daños causados a un bosque de 1.000 Ha. puede costar 10.000 unidades monetarias, que servirían para restaurar un bosque vecino de 2.000 Ha., de extensión doble al anterior: ¿Qué resulta preferible? ¿Destinar el importe de la indemnización a la restauración del ecosistema históricamente dañado o invertirlo en una actividad socialmente más deseable en ese momento?
- c) El LB trata de evitar que los poderes públicos de los Estados miembros malgasten las cantidades obtenidas como indemnización por daños y perjuicios al medio ambiente, pero lo hace por el procedimiento de prefijar el destino de esas cantidades, una técnica hacendísticamente superada: la teoría económica no sólo se ha de aplicar a las decisiones sobre cuál, de entre todas las imaginables, es la medida preventiva más eficiente, sino también a las que cabe adoptar sobre la asignación de los recursos obtenidos con la aplicación de la medida escogida. La idea subyacente en el LB parece ser que los poderes públicos elegirían siempre asignaciones aún peores.
- d) El LB prevé la asignación alternativa de las indemnizaciones sólo para un caso concreto, esto es, aquél en el que la restauración del daño a la biodiversidad no sea posible o lo sea a un coste extremadamente alto (p. 21). Sin embargo, parece sostener que en el caso en que la restauración resulte posible con la inversión de las cuantías obtenidas con el pago de las indemnizaciones, tal ha de ser el destino de los recursos en cuestión ***aunque haya otros destinos, incluso de naturaleza medioambiental, que sean socialmente más deseables***. Esto es obviamente incorrecto.
- e) Si se piensa entonces que la solución propuesta es conminar en todo caso a los contaminadores potenciales con el pago de las cantidades necesarias para reponer el medio ambiente dañado, entonces se puede producir sobreprevención: si el daño esperado es de 1000, la prevención óptima exige invertir no más de 1.000 o, alternativamente, hacer pagar no más de 1.000. Si la restauración cuesta 5.000, el agente social implicado invertirá excesivamente en precauciones.
- f) Por último, todo lo anterior descansa sobre el supuesto de que los daños al medio ambiente son fácil y exactamente cuantificables. Con frecuencia ello no será así, pero la experiencia histórica parece indicar que predomina la infravaloración y no la sobrevaloración de los daños medioambientales. El LB elude el problema, pues asume que el valor a efectos indemnizatorios de un recurso natural dañado es casi siempre igual al coste de restaurarlo (incluyendo el coste de evaluar el daño). Sin embargo, ese coste depende esencialmente del nivel de calidad del recurso que se quiera alcanzar *ex post*: el LB no establece estándar alguno al respecto. La decisión entonces será sustancialmente arbitraria y no responderá necesariamente al valor inicial del recurso dañado y, por lo tanto, al coste social ocasionado por el contaminador.

- g) Para el tema de los costes de gestión del sistema, véase el apartado 7, en la parte relativa a los costes de transacción.

3. Impulso a la aplicación de la legislación ambiental comunitaria

Manifiesta el LB en este apartado que “[s]i el concepto de responsabilidad ejerce el efecto preventivo ... aludido y con él se garantiza la restauración del medio ambiente” también se conseguirá, con su admisión por los Estados miembros, “una mejora en la conformidad con la legislación comunitaria” (p. 12). Se pretende así conseguir el doble efecto de promover una más amplia y eficaz aplicación de la legislación ambiental comunitaria y, al tiempo, complementar las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la protección mediante reglas de responsabilidad de ciertos daños medioambientales.

Obsérvese, de nuevo, que el LB parece suponer la normal coincidencia entre indemnización de daños y reparación específica *-in natura-* del daño causado, pero ello no siempre será así: una cosa es la inversión en precauciones que resulta óptima –y por tanto exigible- para prevenir daños al medio ambiente (efecto preventivo: deben invertirse euros adicionales en precaución hasta el punto en que un euro más invertido en mayores cuidados consigue reducir los daños probables al medio ambiente en otro euro); pero otra distinta es la inversión necesaria para restaurar el bien destruido o deteriorado (efecto restaurador: debe invertirse en restauración la cantidad precisa para reponer el medio ambiente al estado anterior al daño, cantidad que puede resultar inferior, igual o superior a la estimación económica de los daños causados, es decir al importe de la indemnización a que será condenado el dañador, de acuerdo con la regla expuesta por el apartado 2.1 del LB).

Al respecto, el LB constata una notable diversidad de regímenes jurídicos de protección al medio ambiente en los derechos de los Estados miembros: “[a] pesar de que la mayoría de los Estados miembros han establecido una legislación nacional relativa a la responsabilidad objetiva por los daños ... para el medio ambiente ... las leyes adoptadas difieren sustancialmente en su ámbito de aplicación y, a menudo, no cubren todos los daños ... para el medio ambiente” (p. 12-13).

Se produce así una laguna de regulación en relación con ciertos daños medioambientales y, en particular, con muchos de los que no afectan a “la salud humana, la propiedad o a lugares contaminados” (p. 13), es decir, con los que suelen denominarse daños, normalmente más difusos, a los recursos naturales. Los ejemplos son claros: bienes no apropiables o colectivos (aire, aves migratorias, animales silvestres).

Consecuentemente, el LB se pronuncia a favor de que, al menos, los derechos nacionales cubran algunos daños a los recursos naturales no apropiables, como son los protegidos por las Directivas 79/409/CEE del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres (D O L 103, p. 1) y 92/43/CEE del Consejo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (D O L 206, p. 7).

En cuanto a la implementación de la legislación medioambiental comunitaria, la incidencia de una regulación de la responsabilidad civil medioambiental como la auspiciada por el LB sobre la aplicación de la Directiva 92/43 de hábitats naturales

parece incuestionable: reforzaría frente a los poderes públicos nacionales la obligación, ya impuesta por la Directiva, de restaurar los recursos naturales protegidos por ella, pero a la vez les permitiría obtener ingresos para ello mediante las acciones de responsabilidad dirigidas contra los contaminadores.

En efecto, la Directiva 92/43 impone deberes a los Estados miembros, pero se trata de obligaciones imperfectas, es decir, obligaciones que no vienen acompañadas de una sanción para el caso de su incumplimiento. Una directiva de responsabilidad civil medioambiental integraría el régimen de aquélla.

Carecemos de evidencia empírica sobre los resultados de la aplicación de las distintas y heterogéneas regulaciones nacionales en la materia para afrontar los problemas derivados de los perjuicios medioambientales y, por tanto, resulta muy arriesgado pronunciarse sobre su aptitud para prevenir daños en este sector. Sin embargo, parece innegable que existe en la actualidad un déficit de protección a través de reglas de responsabilidad civil en lo que se refiere a los deterioros ambientales puros (es decir, a los que no consisten en daños a la salud e integridad física, a la propiedad y a lugares contaminados). Es claro que es este ámbito de los daños puramente medioambientales –como son los que atentan contra la biodiversidad– dónde reside el principal alcance innovador de la posible intervención comunitaria en relación con los Códigos civiles y con las normas nacionales especiales de responsabilidad ambiental, de naturaleza civil, penal o administrativa. De los resultados en este terreno –que es el más complejo– va a depender en gran medida el juicio que en el futuro pueda hacerse del nuevo sistema de responsabilidad.

4. Mejora de la integración

Para la Comisión, la política normativa sugerida por el LB, consistente en obligar a los agentes potenciales de daños al medio ambiente a internalizar los costes de su actividad nociva da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 6 del Tratado CE, según el cual:

“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el art. 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

Ello presupone una interpretación normativa del mencionado artículo, según la cual la protección del medio ambiente exige la reducción eficiente de los costes medioambientales y no, por ejemplo, otra más estricta –y costosa– como podría ser la eliminación de los mencionados costes –su reducción a cero–, u otra más laxa, que no exigiera ni siquiera la internalización de los costes en cuestión. Caben, por supuesto, otras interpretaciones.

5. Mejora del funcionamiento del mercado interior

Las empresas de los Estados miembros compiten en el comercio intracomunitario y en el extracomunitario. En cuanto al primero, el LB supone la existencia de un problema de acción colectiva derivado del hecho de que los distintos regímenes nacionales sobre responsabilidad medioambiental no cubren los daños a la biodiversidad (es decir,

todos aquellos que no afectan a la salud humana, la propiedad o lugares contaminados) y de que éstos son probablemente muy elevados.

La idea de la Comisión parece ser que los Estados miembros adoptarían una estrategia dominante de no cooperación: a ningún Estado le interesa legislar para afrontar los daños a la biodiversidad porque así puede preservar la posición de ventaja competitiva de sus empresas; hagan lo que hagan los demás Estados miembros, cada uno de ellos carece de todo interés en legislar e incrementar los costes de sus empresas. Y ello es así a pesar de que todos los Estados son conscientes de que legislar sobre biodiversidad mejoraría su posición conjunta, su bienestar colectivo.

La actuación de una entidad superior, como sería en este caso la Unión Europea, vendría a remediar el problema: una regulación comunitaria que obligara a los Estados miembros a internalizar los daños a la biodiversidad llevándoles a adoptar una solución cooperativa desde una posición paritaria: el agente externo que impone la solución resuelve el dilema del prisionero.

Nótese que la discusión anterior presupone que el modelo que mejor explica la ausencia de legislaciones sobre la biodiversidad es el dilema del prisionero. La Comisión no se plantea alternativas al respecto que, sin embargo, son teóricamente posibles: en términos de teoría de juegos, los problemas de acción colectiva en el terreno medioambiental pueden ser también entendidos como juegos de *Chicken*, *Battle of the Sexes* o *Assurance* [Todd Sandler, *Collective Action. Theory and Applications*, Ann Arbor (1992) p. 38 y ss.].

Mas en segundo lugar, la Comisión se plantea el problema de incidencia de una nueva regulación comunitaria sobre responsabilidad por los daños a la biodiversidad en la posición competitiva de las empresas europeas en los mercados extracomunitarios y, al respecto, sugiere se tenga presente la conveniencia de minimizar los efectos negativos que fácilmente se podrían producir. Al respecto, propone adoptar un “enfoque progresivo” o “gradual” (Secciones 6 y 7): se aprobaría un régimen marco con unos “requisitos mínimos” que se desarrollarían por los Estados miembros. Se reducirían así los costes derivados de la incertidumbre y adaptación de las empresas a sus nuevas responsabilidades.

6. Efecto previsto

El LB afirma con toda corrección que el principio “Quien contamina paga” constituye un incentivo para que las empresas adopten un comportamiento responsable. Añade, sin embargo, que para conseguir este objetivo resultan precisas algunas condiciones como, por obvio ejemplo, que las empresas potencialmente responsables puedan pagar las indemnizaciones, sea ya con su propio patrimonio, sea ya por mediación de un seguro o de otra garantía financiera. Un serio obstáculo para la aplicación del mencionado principio lo constituye la insolvencia o solvencia insuficiente de los causantes potenciales de daños. La indemnización esperada por una empresa contaminadora de solvencia reducida tiene como límite superior su propia capacidad financiera y no el importe, acaso muy superior, de los daños que puede causar. Si éste es el caso, adoptará precauciones subóptimas, como señala el LB. ¿Cómo paliar este problema? (*judgement-proof problem*). Hay varias soluciones imaginables: una es hacer responsables solidariamente a todas las empresas que, de hecho, disponen de poder de decisión sobre la actividad creadora de riesgos (se puede llegar a incluir a los

intermediarios financieros⁴). Otra es imponer un seguro obligatorio. Una tercera, normalmente mucho más cara que las anteriores, es exigir un capital mínimo superior al máximo riesgo creado. Todas ellas pueden servir para reducir la viabilidad de las maniobras de elusión de responsabilidades por el procedimiento de transferir riesgos a empresas infracapitalizadas.

La Comisión no se pronuncia a favor de ninguna de estas dos medidas, sino que se limita a señalar que “es importante poder contar con una garantía financiera, como la que ofrece un seguro”, pero luego, en el apartado 4.9., descarta expresamente la solución del seguro obligatorio: “el régimen comunitario no debe imponer la obligación de disponer de garantía financiera ... El recurso al sector de seguros o bancario para garantizar la seguridad financiera por los riesgos resultantes del régimen debe ser voluntario” (p. 27). Pero esto resulta discutible, pues, como es bien sabido, en ausencia de una obligación de asegurarse, el causante potencial de daños que sea insolvente o limitadamente solvente carecerá de incentivos para asegurarse por todos los daños que superen a su responsabilidad esperada: el causante potencial de unos daños que, por hipótesis, superan el valor de su patrimonio carece de todo interés en asegurarse voluntariamente por daños que en ningún caso va a poder pagar. La prima que pagaría, caso de asegurarse, estaría sufragando un riesgo del que no responde porque no puede hacerlo.

Por ejemplo, supóngase que la empresa A dispone de solvencia para responder sólo hasta un límite de 10, pero puede causar un accidente medioambiental con probabilidad 0,1. Si ocurre el accidente, los daños pueden ser del monto siguiente: a) 10 con probabilidad 0,5 y b) 40 con idéntica probabilidad. El daño esperado es entonces $10 \times 0,5 + 40 \times 0,1 \times 0,5 = 2,5$. Mas la indemnización esperada por el dañador potencial sin seguro es sólo $10 \times 0,1 \times 0,5 + 10 \times 0,1 \times 0,5 = 1$. Ante esto, la empresa A nunca contratará voluntariamente una póliza de seguro de daños por una prima correspondiente al daño probable de 2,5 sino que sólo se cubrirá frente al posible accidente menos grave y por una prima de 0,5.

- ***Características que podría presentar el régimen comunitario de responsabilidad ambiental***

1. Carácter no retroactivo

El LB propone que el nuevo régimen sea aplicable exclusivamente a los daños que se produzcan en el futuro y a partir de la entrada en vigor del nuevo régimen de

⁴ Los Tribunales norteamericanos han considerado en ocasiones responsables de los daños resultantes de la contaminación por residuos peligrosos a instituciones financieras que habían financiado las actividades de los agentes contaminantes, incluso cuando tales instituciones no habían tenido participación en las operaciones del causante del daño: *United States v. Fleet Factors*, 901 F.2d 1550 (11th. Cir. 1990) y *State of New York v. Shore Realty Corporation*, 759 F.2d 1032 (2d. Cir. 1985). Esta extensión de la responsabilidad ha sido fuertemente debatida en la literatura jurídico-económica: Kathleen Segerson "Lender Liability for Hazardous Waste Cleanup", en Tietenberg Ed., *Innovation in Environmental Policy: Economic and Legal Aspects of Recent Developments in Environmental Enforcement and Liability*, London (1992), p. 195; James Boyd and Daniel E. Ingberman, "The Search for Deep Pockets: Is «Extended Liability» Expensive Liability?", en *Journal of Law, Economics and Organization* (1997), p. 232; y Tracy R. Lewis and David E. M. Sappington, "Using Decoupling and Deep Pockets to Mitigate Judgement-proof Problems", en *International Review of Law and Economics* (1999), p. 275.

responsabilidad. Esta solución de irretroactividad se justifica por razones de “seguridad jurídica” y “confianza legítima” (p. 15). A ellas cabe añadir la de que no puede conseguirse eficacia preventiva alguna sobre el pasado, sino que sólo es posible tratar de reparar *ex post* los daños ya producidos, tarea que encomienda a los Estados miembros. Para esto último, además, un régimen de responsabilidad civil resulta administrativamente muy costoso de gestionar y, dado que aquí sería absolutamente inútil para incentivar conductas respetuosas con el medio ambiente, parece razonable suscribir, con el LB, la idea de que un régimen administrativo gestionado localmente sería más eficiente.

Advierte el LB que la determinación del límite temporal del concepto de daños futuros es muy difícil de realizar en materia de daños medioambientales, pues éstos pueden ocasionarse a lo largo de períodos muy prolongados de tiempo y manifestarse también después de un período igualmente prolongado de latencia. Del mismo modo, hay que coincidir con la afirmación incluida en el párrafo final de este apartado del LB conforme a la cual, en los casos de daños de producción continuada y que empezaron a tener lugar antes del momento de entrada en vigor del nuevo régimen, la brusca discontinuidad que supone el paso de un régimen de irresponsabilidad a otro de responsabilidad por todo el daño causado llevará a que los reclamantes potenciales traten de demostrar que todos o gran parte de los daños tuvieron lugar después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Por la misma razón es esperable un sesgo similar a favor del entendimiento del régimen histórico en función del nuevo (*Hindsight Bias*) por parte de los jueces y tribunales o de las autoridades encargadas de la aplicación del derecho (por ej., los tribunales españoles podrían decidir interpretar la normativa histórica en función de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, de acuerdo con el art. 3.1 CC español).

2. *Ámbito de aplicación*

El LB considera dos dimensiones para definir el ámbito de aplicación del régimen propuesto: el tipo de daños y las actividades que los provocan.

a. *Daños que debe cubrir el régimen*

El LB distingue entre daños:

- a) Ecológicos o al medio ambiente, que, a su vez, se subdistinguen en:
 - aa) Causados a la biodiversidad y
 - ab) Contaminación de lugares.
- b) Tradicionales, entre los que se mencionan los daños a la salud y los materiales.

La clasificación básica es muy idiosincrática: en puridad, los daños consistentes en la contaminación de lugares son daños materiales (“tradicionales”, por tanto) y no haría falta crear una categoría *ad hoc*, pero el LB pretende destacar, como daños al medio ambiente, los causados a ciertos lugares y los daños a la biodiversidad, pues entiende que su tratamiento histórico en los derechos de los Estados miembros es muy diverso (p. 15) y, en más de un caso, simplemente no existe (p. 16).

En cuanto a los daños tradicionales, el LB considera que han de ser objeto de tratamiento en cuanto que, dada la frecuencia de que un mismo accidente provoque daños ecológicos y daños tradicionales, resulta conveniente que todos ellos se rijan por unas mismas reglas: si se permitiera que los primeros se regularan por la Directiva y los segundos por las distintas legislaciones de los Estados miembros, “podrían darse resultados injustos, como que se pagaran menos indemnizaciones o ninguna por los daños a la salud” (p. 16). Ello es cierto, pero plantea un serio problema, esto es, el agravio comparativo eventualmente resultante del hecho de que un mismo daño sea indemnizado de forma distinta en función de su origen o según su modo de producción. Así, por ejemplo, los daños a la salud derivados de un accidente ecológico tendrían un tratamiento distinto de los causados por un accidente laboral, médico o automovilístico: no es razonable vincular el tipo de régimen indemnizatorio al origen del daño.

Las dos distinciones clásicas en derecho de responsabilidad civil son las que median entre daños:

- a) Corporales o personales (*personal injuries*) y materiales (*property damages*).
- b) Patrimoniales (*pecuniary damages*) y no patrimoniales (o morales: *dommages immatériels, pecunia doloris, Schmerzensgeld, Pain & Suffering*).

Hoy en día, la distinción analíticamente más útil en derecho de daños es la segunda, pues si de lo que se trata es de indemnizar su causación, la distinción esencial ha de ser la que media entre daños cuantificables económicamente y los que no lo son.

Sin embargo, el LB no incluye consideración alguna específicamente dedicada a los daños morales, es decir, aquéllos que afectan a bienes inestimables -no reemplazables por dinero-, pues parece entenderse que su tratamiento legal corresponde a las legislaciones de los Estados miembros (que, como es sabido, presentan importantes divergencias al respecto).

La destrucción de un hábitat -sean daños causados a la biodiversidad o contaminación de lugares determinados- no sólo comporta daños patrimoniales (valorables económicamente), sino también o al menos frecuentemente daños estrictamente morales (como el sentimiento que el deterioro causado produce en los consociados), pero éstos no son objeto de consideración específica por el LB: no queda claro si la elisión implica o no el intento de descartar su indemnizabilidad. Efectivamente, hay razones para excluirla: la estimación de estos daños puede llegar a ser infinitamente costosa, las probabilidades de reclamaciones frívolas serían elevadas y, dada la falta de precedentes, la inseguridad jurídica podría ser también alta. Sin embargo, marginarlos de todo cálculo supone un riesgo de infraprevención.

Parecidamente, los daños a la salud (incluidos en el epígrafe de daños tradicionales) son un caso claro de daños corporales o personales que también comportan una partida de daños morales (dolor y angustia). En este caso, la exclusión se hallaría tal vez menos fundada y estaría en contradicción con la declarada voluntad de uniformidad del LB.

En vista de lo anterior, parece que sería deseable que el nuevo régimen incluyera un pronunciamiento expreso sobre la cuestión de los daños morales.

b. Actividades que estarán contempladas

El LB trata de acotar las actividades con incidencia ambiental que estarían sujetas al régimen que prefigura. El método empleado para identificarlas es el siguiente (p. 16-17):

- a) Cuando se trate de daños a la salud humana, a la propiedad o a lugares precisos, el criterio es el del acervo comunitario en materia de regulación de **actividades peligrosas** (se contemplan las actividades reguladas por los tipos de legislación comunitaria siguientes: legislación que establece límites de emisión o de vertido de sustancias peligrosas al aire o al medio ambiente, legislación sobre sustancias y preparados peligrosos que tiene entre sus objetivos la protección del medio ambiente; legislación destinada a prevenir y controlar los riesgos de accidentes y contaminación, en especial la Directiva IPPC y la revisada de Seveso II; legislación sobre producción, manipulación, tratamiento, recuperación, reciclado, reducción, almacenamiento, transporte, paso de fronteras y eliminación de residuos peligrosos y otros residuos; legislación en materia de biotecnología; y legislación sobre transporte de sustancias peligrosas). Se apunta a la posibilidad de que “a medida que avance la iniciativa comunitaria”, se establezca “una lista en la que figuren todos los textos jurídicos comunitarios pertinentes con los que deberá estar vinculado el régimen de responsabilidad” (p. 17). Un sistema de lista, como el adoptado por la Directiva IPPC o la *Umwelthaftungsgesetz* alemana facilitaría la previsión de potenciales responsabilidades y, por tanto, su asegurabilidad, lo que aconseja la elaboración y adopción de la misma. Es importante destacar, no obstante, los riesgos que se derivarían de una lista que no fuera suficientemente comprensiva de las actividades efectivamente peligrosas para el medio ambiente. Y ello sobre todo a la vista del posible sometimiento de las no incluidas en la lista a una regla de responsabilidad por culpa que, al contrario que la responsabilidad objetiva, no permite conseguir una completa internalización de los niveles de actividad lo que, para actividades inherentemente peligrosas para el medio ambiente, resulta particularmente importante.
- b) Cuando se trate de daños causados a la biodiversidad, en cambio, el criterio está constituido por los **bienes dañados**. Al efecto se citan las Directivas 79/409 y 92/43. Así, estaría incluida **cualquier actividad potencialmente dañina** para lo que el acervo comunitario considera como biodiversidad.

Esta técnica de delimitación de actividades sujetas al previsto nuevo régimen comunitario no parece responder a otro criterio que el de asegurar en todo caso una conexión con la normativa comunitaria en vigor, que, por otra parte, es notablemente heterogénea. Además, hay que resaltar que los dos criterios producen resultados distintos: en el primer caso, el círculo de causantes potenciales está razonablemente bien delimitado y se prevé una mayor concreción (sistema de lista); en cambio, el círculo de víctimas potenciales no está en absoluto acotado: su radio es infinito. En el segundo caso, a la inversa, el círculo de los causantes potenciales no está delimitado, pero el de víctimas está muy bien definido. Como la eficacia preventiva del derecho de daños depende de la posibilidad efectiva de que sus reglas influyan realmente en la conducta de los causantes potenciales de daños, parece esperable que unas mismas reglas gestionadas por un número finito de funcionarios tengan mayor efecto sobre los miembros de un conjunto reducido de agentes de daños que sobre los prácticamente infinitos causantes potenciales de daños a la biodiversidad.

3. Tipos de responsabilidad, circunstancias atenuantes o eximentes (rectius⁵: excepciones oponibles) y carga de la prueba

Este apartado del LB comienza diciendo que “responsabilidad objetiva significa que no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo el hecho de que la acción (u omisión) causó el daño”⁶.

Sin embargo, tradicionalmente, el concepto de responsabilidad objetiva se asocia con una responsabilidad por simple causación de daño, sin necesidad de que concurra además culpa, entendida esta última como infracción de deberes de precaución o cuidado. No, por tanto, con cuestión alguna de prueba o de a quién corresponde la carga de introducirla, como parece hacer la versión española del LB.

Mucho más importante que esta observación es la que resulta del texto que a continuación sigue en el LB: “A primera vista, la responsabilidad basada en la culpa puede parecer más eficaz desde el punto de vista económico que la responsabilidad objetiva, en la medida en que los incentivos a los costes de descontaminación no superan los beneficios de la reducción de las emisiones” (“At first sight fault-based liability may seem more economically efficient than strict liability, since incentives towards abatement costs do not exceed the benefits from reduced emissions”). La frase es oscura: efectivamente, los sistemas legales deberían inducir medidas adicionales de descontaminación hasta el punto en que el coste marginal de ésta se igualara con el daño esperado derivado de la contaminación. El LB parece suponer que la responsabilidad por culpa induce un comportamiento más cuidadoso y, por tanto, más deseable que la responsabilidad objetiva. Mas ello no es así, ni siquiera a primera vista: la regla de responsabilidad por culpa y la de responsabilidad objetiva inducen exactamente el mismo grado de precaución. Si ambas reglas se aplican correctamente, ese grado de precaución es el socialmente eficiente. Las diferencias entre uno y otro se encuentran en los niveles de actividad –en la cantidad de comportamiento potencialmente dañino- pero no en los del cuidado con que tal o cual actividad se lleva a cabo a un nivel dado –en la calidad del comportamiento-.

En efecto, en responsabilidad por culpa, el agente de daños que ajusta su conducta al estándar de diligencia exigido por la ley deja de responder de los daños que causa –su indemnización por daños esperados es cero-. En cambio, en responsabilidad objetiva, el agente de daños asume todos los daños derivados de su actividad, cumpla o no con

⁵ El texto inglés habla de “defences”; el alemán, de “Rechtfertigungsgründe” y el francés, de “défenses autorisées”. La versión española, “circunstancias atenuantes y eximentes”, reproducida en primer lugar en el título del apartado, es más propia del derecho penal que de una regulación sobre responsabilidad civil. Por ello, ha parecido más correcto escribir “excepciones oponibles”.

⁶ El texto en francés también define responsabilidad objetiva en función de problemas de carga de la prueba: “On parle de responsabilité sans faute lorsqu'il n'est pas nécessaire de prouver la faute d'un auteur, mais seulement le fait (ou l'omission) qui a causé les dommages”. En cambio, la versión en inglés del LB dice, algo más correctamente, “Strict liability means that fault of the actor need not be established, only the fact that the act (or the omission) caused the damage; parecidamente, la versión alemana: “Verschuldensunabhängige Haftung bedeutet, daß nicht das Fehlverhalten eines Akteurs festgestellt werden muß, sondern lediglich die Tatsache, daß der betreffende Schaden durch eine bestimmte Handlung (oder Unterlassung) verursacht wurde”.

el estándar de diligencia. En el primer caso, el agente carece de todo incentivo para reducir su nivel de actividad ya suficientemente precavida. En el segundo, en cambio, el agente de daños –que tratará de maximizar la diferencia entre el beneficio propio de su actividad y las indemnizaciones por el daño esperado– reducirá su nivel de actividad hasta el nivel socialmente óptimo.

Sin embargo, el LB señala que la regla de la responsabilidad objetiva, seguida por distintos sistemas legales de los Estados miembros, es superior a la regla de la culpa por dos razones:

- a) El mayor coste que supone para el demandante probar la culpa .
- b) Preferencia normativa y a priori del principio “Quien contamina paga”.

Efectivamente, la responsabilidad objetiva presenta ventajas frente a la culpa para las actividades intrínsecamente peligrosas para el medio ambiente, aunque por razones distintas a las dos que menciona el LB: cuanto más peligrosa es una actividad, más importante resulta que la gente reduzca sus niveles de actividad hasta los socialmente óptimos y, como acabamos de ver, sólo la regla de la responsabilidad objetiva consigue esta internalización de niveles de actividad. En cambio, el problema de los mayores o menores costes de la prueba para el demandante se resuelven atribuyendo su carga al demandado (véase “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva” en InDret 1/2001, <http://www.InDret.com>). Y la preferencia normativa del principio “Quien contamina paga” debe explicitar las razones de su adopción.

La propensión de los autores del LB a no explicitar las razones de sus preferencias normativas se vuelve a manifestar a continuación cuando su texto propone aplicar la regla de la responsabilidad por culpa a las actividades realizadas de conformidad con las medidas de aplicación de las Directivas sobre aves silvestres y sobre hábitats que tienen por objeto la protección de la biodiversidad (Directivas 79/409 y 92/43), actividades que se consideran legalmente no peligrosas: “no entrañarían”, dice el LB, “la responsabilidad de la persona que las lleve a cabo salvo cuando exista culpa por su parte”.

No queda claro qué debe entenderse por culpa en este caso. No parece que las obligaciones y prohibiciones contenidas en las Directivas mencionadas puedan utilizarse como elementos centrales del estándar de la diligencia exigible, y sólo marginalmente como una *Negligence per se* derivada de la infracción de lo dispuesto en las mismas (los comportamientos prohibidos son esencialmente intencionales). No es ni mucho menos evidente que la Directiva, o los Tribunales de los Estados miembros que están llamados a aplicar la legislación que implemente aquélla, serán capaces de fijar un nivel óptimo de precaución para cada una de las actividades que pueden tener un impacto negativo en las áreas que las Directivas 79/409 y 92/43 pretenden proteger. Además, se da por supuesto que los daños esperados cuando se observa tal estándar, aun determinado óptimamente, serían cero o muy reducidos. En ausencia de culpa, los daños que pudieran llegar a resultar, y que no tendría que indemnizar el causante, sigue diciendo el LB, serán asumidos por el Estado⁷: no hay internalización alguna de niveles de actividad y el agente potencial de daños podrá desplegar toda la

⁷ Así como los producidos por causante desconocido.

actividad que desee con tal de que se ajuste a lo dispuesto por el nivel de diligencia exigible. Hacer pagar al Estado carece de todo efecto incentivador sobre la conducta de aquél.

Excepciones oponibles

El LB afirma que deberán admitirse las excepciones habitualmente aceptadas, como la fuerza mayor, negligencia contributiva, consentimiento del demandante o intervención de un tercero. La referencia al consentimiento del demandante responde a un arrastre inercial de las reglas generales sobre responsabilidad civil a las de responsabilidad por daños al medio ambiente: en esta última sede, no cabe hablar por regla general de que el demandante tenga derecho alguno de disposición sobre los bienes jurídicos afectados, tanto *ex ante* como *ex post*. Acaso se trata de decir que el titular de la acción de descontaminación será normalmente el Estado y que éste deberá conservar su poder de disposición sobre el objeto de derecho. Mas si ello es así, el texto debería pronunciarse más claramente.

El LB se refiere a continuación a la excepción de los riesgos de desarrollo, pero no se pronuncia sobre la conveniencia de su admisibilidad o rechazo (salvo cuando señala que su régimen deberá tener en cuenta la asegurabilidad del riesgo y la incidencia que el régimen finalmente adoptado pueda implicar para las PYME (SME)). Al respecto, parece recomendable una consideración conjunta del régimen aplicable en materia de responsabilidad medioambiental y de responsabilidad por producto defectuoso [Directiva 374/85/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (D O L 210, p. 29)], con el objeto de intentar unificar o, al menos, incrementar el grado de armonización de los distintos derechos nacionales sobre ambas materias.

En efecto, en primer lugar, las reglas de los arts. 7 e) y 15.1 b) de la Directiva 374/85 fueron el resultado de un compromiso entre distintos puntos de vista por parte de los entonces Estados miembros y las leyes nacionales de transposición de la Directiva acogieron o rechazaron la excepción de forma dispar.

En segundo lugar, la Directiva está en proceso de posible revisión. Parece razonable esperar a las reacciones de la Comisión al Libro Verde sobre la responsabilidad por productos defectuosos, que antes de finalizar el año publicará un informe que podrá acompañar de una propuesta de modificación de la Directiva 85/374.

Por último, el propio LB, en su apartado 4.5.4, advierte sobre el posible solapamiento entre las reglas de la responsabilidad de producto y las de responsabilidad medioambiental, sobre todo, en materia de daños tradicionales, y sugiere una regla de prevalencia de las reglas de responsabilidad de producto para algunos casos muy específicos (producto defectuoso que no se ajusta a los estándares medioambientales exigidos por la legislación comunitaria).

Nótese, sin embargo, que el LB recoge la opinión de “algunas partes interesadas”, según la cual el cumplimiento de los estándares legales comunitarios debería considerarse como una circunstancia moderadora de la responsabilidad (p. 19), pero esta tesis presupone que los estándares legales coinciden en todo caso con los estándares científicos y tecnológicos, un supuesto cuya base empírica es cuando menos discutible.

Carga de la prueba

Para el LB, en litigios ambientales, “puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño” (p. 19). La afirmación no es muy comprometida, salvo que se entienda en el sentido de que la carga de producción de la prueba ha de atribuirse a aquella de las dos partes que, dadas las circunstancias del caso, pueda aportar a menor coste evidencia suficiente para convencer al juzgador de la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño. Sin embargo, hay que hacer notar que el LB se refiere tanto a la prueba positiva como a la prueba negativa (ausencia de la relación de causalidad): en este último aspecto, el LB debería haber precisado, en línea con alguna legislación nacional (parágrafo 6 de la *Umwelthaftungsgesetz* alemana), ya que al demandado le bastará con probar la existencia de una fuente alternativa de daño, ya que su conducta no superaba los límites cuantitativos establecidos, etc. Es decir, se trata de limitar la exigencia de la prueba negativa (*probatio diabolica*).

Efectivamente, la diferencia de coste es uno de los factores que hay que considerar para asignar a una de las partes la carga de la prueba, pero no es el único factor, ni siquiera el determinante para realizar tal asignación. Las probabilidades *ex ante* de que se dé o no la relación de causalidad son igualmente decisivas para atribuir la carga en cuestión a demandante o demandado (véase "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva" en InDret 1/2001, <http://www.InDret.com>).

Nótese que el LB no precisa las diferencias entre prueba de la culpa (infracción de un deber de precaución), prueba de la imputación objetiva (*Proximate Causation, objektive Zurechnung*) y prueba de la causalidad de hecho (*Causation in Fact, Kausalität*). Las tres presentan semejanzas estructurales, pero resulta perturbador tratarlas como si fueran idénticas.

Aplicación del principio de equidad

Uno de los *Leitmotiven* del LB es el principio “Quien contamina, paga”. Sin embargo y en aparente contradicción con él, se lee en este apartado que por razones de equidad “puede resultar injusto que el contaminador tenga que abonar la compensación total de los daños que haya causado” (p. 19). “Los tribunales (o cualquier otra autoridad competente...) podrían disponer de cierto margen de actuación que les permitiera decidir que una parte de la compensación no debe correr por cuenta del contaminador, sino de la autoridad que haya concedido el permiso”. Aquí parece razonable introducir la distinción siguiente:

- a) Si de lo que se trata es de considerar que el agente regulador es corresponsable del daño causado, no hay objeción alguna: debería responder como cualquier otro cocausante del daño. Pero esta solución presupone que los tribunales o la autoridad competente están en condiciones de determinar cuál era el estándar socialmente óptimo en todo caso.
- b) Mas si de lo que se trata es de excepcionar la aplicación del principio “Quien contamina, paga” a costa del contribuyente y al margen de toda contribución

causalmente relevante del agente regulador, no parece que la solución sugerida sea la más razonable. De prosperar esta solución, los regulados tendrán un incentivo adicional a capturar al agente regulador: no sólo podrían obtener una regulación más confortable de acuerdo con sus intereses, sino que además conseguirían trasladar sobre el contribuyente una parte de la compensación esperada.

4. ¿A quién se debe responsabilizar?

El LB sugiere tres reglas sobre imputación subjetiva de responsabilidad medioambiental:

- a) **Responsabilidad del operador**, es decir, de la persona o personas que ejerzan el control de la actividad incluida en el ámbito del régimen que haya ocasionado los daños (versión inglesa: “the activity by which the damage is caused”). Obsérvese que se presupone excluido el agente regulador que controla (autoriza, inspecciona, etc.) el ejercicio de la actividad de que se trate y, asimismo, que en el apartado 4.3 anterior el LB apuntaba a una regla distinta: corresponsabilidad del agente regulador o contribución pública a la reparación del daño.
- b) **Exoneración de los administradores sociales y de los empleados de la sociedad titular de la actividad**. (versión inglesa: “Where the activity is carried out by a company in the form of a legal person, liability will rest on the legal person and not on the managers -decision makers- or other employees who may have been involved in the activity”). La regla propuesta desplaza a las propias sociedades la tarea de establecer el mecanismo de incentivos internos que induzcan una gestión que reduzca óptimamente el riesgo de la empresa de tener que afrontar responsabilidades civiles por daños medioambientales y no prejuzga las indeclinables responsabilidades penales que los interesados puedan tener que soportar.
- c) **Exoneración de las entidades de crédito que no tengan control operativo de la actividad**. Este criterio parece razonable, en cuanto la pericia específica de una entidad financiera se limita al ámbito crediticio y carece de ventajas comparativas para evaluar la peligrosidad de la actividad propia de la empresa financiada. Sin embargo, si los costes de encargar una auditoría medioambiental previa a la concesión del crédito son inferiores a la reducción del daño medioambiental esperado podría defenderse una regla distinta: responsabilizar al prestamista le da incentivos para encargar o exigir la auditoría previa. La cuestión requiere un análisis empírico. En todo caso, convendría definir con mayor precisión el concepto de “control operativo”: ¿mayoría accionarial?, ¿mayoría de control?, ¿presencia en los órganos de gestión?

5. Criterios para los diferentes tipos de daños

El LB se plantea en este apartado cuatro tareas:

- a) Elaborar criterios de responsabilidad por daños a la biodiversidad, hasta ahora inexistentes.
- b) Armonizar los distintos criterios ya existentes en los regímenes nacionales de responsabilidad por lugares contaminados.
- c) Hacer lo propio en relación con las reglas sobre daños tradicionales.
- d) Establecer normas de concurso para los casos de solapamiento entre la regulación comunitaria sobre responsabilidad medioambiental y la vigente en materia de responsabilidad por productos defectuosos.

a. Daños a la biodiversidad

El LB apunta genéricamente a algunos elementos a partir del concepto de **daños significativos**:

En primer lugar, los daños cubiertos estarían catalogados por un sistema de lista. Si es así, conviene especificar si la lista puede ampliarse por analogía o éste no es el caso.

En segundo término, propone un sistema de franquicias por debajo del cual no entraría en funcionamiento el sistema comunitario. Tratándose de daños concentrados desde el punto de vista de su localización, el criterio parece razonable, pero en todo caso deberá especificarse si los sistemas nacionales podrán actuar en el interior de la franquicia o si la regla es de exoneración absoluta. Parece ser que, por aplicación del principio de subsidiariedad, habría de prevalecer el primer criterio.

En tercer lugar, el LB favorece un sistema de reparación *in natura* delimitado con criterios estándar de análisis coste/beneficio. Se prevé un sistema de reparación por equivalente cuando la anterior es excesivamente costosa por razones técnicas o económicas, pero garantizando siempre un nivel mínimo de restauración que lleve los recursos dañados a una situación comparable a la anterior al daño. La regla de la restauración mínima es congruente con una política de tutela medioambiental de lugares bien definidos, pero el LB debería definirse sobre la distinción entre equivalente geográfico y equivalente ecológico: la reparación *in natura et in loco* factible puede resultar muy costosa y ser realmente mínima, pero, al tiempo, la misma inversión puede ser ecológicamente más rentable en un lugar protegido distinto, acaso vecino o próximo al dañado irreparablemente o casi.

En cuarto lugar, el LB presupone que las zonas protegidas de acuerdo con las Directivas sobre aves silvestres y hábitats, que representan un 10% del actual territorio de la Unión, ya están sujetas a una regulación que excluye la instalación de empresas que lleven a cabo actividades inherentemente peligrosas para el medio ambiente y, por lo tanto, “la mayor parte del daño ambiental a que puedan verse expuestas habrá de proceder de instalaciones que realicen actividades peligrosas en las zonas aledañas ... ya ... cubiertas por los otros pilares del régimen propuesto ... relativos a los daños tradicionales y a la contaminación de lugares”. Además, presupone que los daños que puedan llegar a causar serán “excepcionales”. Quizás es una previsión algo optimista en vista de sucesos recientes como el accidente de Aznalcóllar (<http://www.greenpeace.es>, <http://www.cma.junta-andalucia.es/>).

b. Lugares contaminados

El LB utiliza en este apartado dos categorías:

- a) **Temporal**, que distingue entre **contaminación ya producida** y **riesgo de contaminación futura**. De acuerdo con un principio general de irretroactividad, se propone que la primera quede sometida al régimen nacional correspondiente de contaminación de lugares determinados; la segunda, en cambio, quedaría sujeta al régimen comunitario preconizado por el propio LB. Cabe remitirse aquí a lo ya señalado en el apartado **1** sobre el carácter no retroactivo del régimen comunitario propuesto.
- b) **Final**, que distingue según la función prevista para el remedio propuesto: **simple descontaminación, limpieza o saneamiento del lugar contaminado; o plena restauración del lugar contaminado**.

b.1) Para la decisión sobre la descontaminación, el LB propone tener exclusivamente en cuenta los daños significativos. Sin embargo y pese a la afirmación del LB, conforme a la cual, estos daños se determinan “como en el caso de la biodiversidad” (*supra* 5.a.), en esta ocasión atiende a un criterio cualitativo: “¿Constituye la contaminación una amenaza seria para el hombre y el medio ambiente?”. El LB debería haber precisado, al menos, si el umbral mínimo de daños es el mismo en materia de daños a la biodiversidad (4.5.1.) y limpieza de lugares contaminados (4.5.2.).

Los objetivos de la descontaminación o limpieza deben ser la obtención de niveles de calidad del suelo y del agua adecuados a sus usos actuales y a sus probables usos futuros, dice el LB. Los umbrales de calidad perseguidos deben resultar aceptables, según las mejores técnicas disponibles y siempre que sean económicamente viables. Implícitamente, se vuelve a retomar el criterio coste-beneficio cuya aplicación preconiza el apartado 4.5.1. para los daños a la biodiversidad. Subsidiariamente, el LB propone el “confinamiento” (“containment”) o aislamiento total o parcial del lugar contaminado. No se concreta si éste sería el único o el último remedio subsidiario: hay que entender que, incluso en el caso de daño irreparable y consiguiente confinamiento del lugar contaminado, es de aplicación la medida prevista en el apartado 4.6. de restauración o mejora de otros recursos naturales similares.

c. Daños tradicionales

En 4.2.1. el LB caracteriza los daños tradicionales como daños personales y materiales. En este apartado (4.5.3.) y de manera un tanto sorprendente, el concepto, se dice, podría abarcar también las pérdidas económicas (“*pure economic loss*”). Pero en todo caso, el LB parte de la idea de que el supuesto de daño tradicional es definido por cada sistema jurídico nacional, pero la consecuencia jurídica lo será por el sistema comunitario, salvo una excepción (disposiciones especiales de acceso a la justicia, apartado 4.7: se excluye la legitimación activa de los grupos de interés) o una exclusión que resultaría igualmente de la propia naturaleza de los daños tradicionales (criterios específicos para la restauración y evaluación de los daños al medio ambiente: 4.5.1. y

4.5.2.). Nótese que la igualación de régimen jurídico puede ser, en la práctica, más aparente que real: si, por ejemplo y ante un mismo evento dañoso, un Estado miembro incluye pero otro excluye las pérdidas económicas de supuesto de hecho que define el daño indemnizable, es obvio que la cuantía de la indemnización será distinta en un caso o en otro (véase lo indicado en **2.a.**).

d. Relación con la Directiva sobre responsabilidad por los productos defectuosos

Véase lo indicado en **4.c.**

6. Descontaminación y restauración efectivas del medio ambiente

El LB recalca en este apartado la prevalencia del principio de **reparación in natura**, con la única excepción de su **inviabilidad** o extrema inconveniencia (técnica o económica), en cuyo caso se deberá proceder a la **inversión de la indemnización en proyectos** de restauración o de mejora del medio ambiente sustancialmente **similares**. En sentido estricto, la aplicación del análisis coste-beneficio supone que la elección de una u otra solución depende únicamente de que los beneficios de una reparación *in natura* sean o no superiores a sus costes: el LB debería haber precisado si éste es el criterio propuesto (como parece desprenderse de la lectura conjunta de los apartados 4.5.1. y 4.6.).

Además, debe recordarse que el principio general en derecho de daños es que el dañado destina la indemnización a las finalidades que juzga más convenientes y, en segundo lugar, que la teoría del gasto público desaconseja legendariamente la predeterminación extraña a la correspondiente Ley de Presupuesto de los ingresos públicos (*earmarked taxes*).

7. Acceso a la justicia

Los daños al medio ambiente constituyen un ejemplo claro de insuficiencia de incentivos para litigar y, por tanto, para asegurar que el causante pagará la indemnización: son daños típicamente difusos, se causan a bienes que no son propiedad privada de nadie (y en ocasiones, ni siquiera pública: aves migratorias) y, por último, cualquier ciudadano racional preferiría descargar sobre el vecino el costoso honor de iniciar el procedimiento judicial o, incluso, de denunciar los hechos (un caso de libro de *free riding*).

Por ello, como señala el LB, quien primero debe asumir la carga en cuestión es el Estado. Mas, añade, lo limitado de los recursos públicos sugiere la conveniencia de ampliar el ámbito de la legitimación activa a grupos de interés que satisfagan determinados criterios cualitativos objetivos. La propuesta, continúa, está en sintonía con la Comunicación de la Comisión 96(500) sobre la aplicación del derecho ambiental comunitario y la Convención de Aarhus (Dinamarca)⁸.

⁸ Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptada por la Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa" celebrada en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998:

Artículo 9. Acceso a la justicia.

A las razones apuntadas por el LB hay que añadir alguna otra que refuerza la propuesta de ampliar la legitimación activa de los grupos de interés: no es insólito que el daño o la amenaza de causarlo provenga de una entidad u organismo público o que el agente regulador que, por ej., autorizó la realización de la actividad privada potencialmente dañina carezca de interés en accionar.

Sin embargo, la posible participación de los grupos de interés en las demandas relativas a daños medioambientales no es garantía suficiente de la completa superación de los problemas de insuficiencia de incentivos para litigar: posible participación no es participación efectiva (la escasez de recursos no se limita a los agentes públicos) y, por último, los grupos de interés pueden actuar en el suyo propio y no necesariamente en el de maximizar el bienestar social.

a. Responsabilidad a dos niveles: El Estado debe ser responsable en primer lugar

En los casos ordinarios, dice el LB, el principio general es el de la prevalencia de la intervención de los organismos públicos de los Estados miembros en la prevención y reparación de los daños medioambientales (**responsabilidad de primera instancia, *first tier***). Subsidiariamente, esto es, en caso de falta de actuación adecuada del Estado, los grupos de interés deberán poder pedir la revisión de decisiones administrativas, recurrir decisiones judiciales o accionar directamente contra el contaminador (**responsabilidad en segunda instancia, *second tier***).

Obsérvese que el LB no incluye esbozo alguno de un criterio que permita distinguir los casos ordinarios de los que, a continuación, se califican como urgentes ni, en el primer caso, qué conductas de las autoridades públicas son suficientes para desencadenar el mecanismo de legitimación subsidiaria propuesto. Tal como se expresa el LB, parece resultar que sería el propio Juez o Tribunal quien determinaría si concurren los presupuestos de la legitimación activa subsidiaria. Lo anterior parece introducir alguna complicación innecesaria y no contribuye a la seguridad jurídica.

"3. Además, sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 supra, cada Parte velará por que los miembros del público que reúnen los criterios eventuales previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vayan en contra de las disposiciones del derecho nacional ambiental.

4. Además ... los procedimientos ... deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Las decisiones adoptadas en virtud del presente artículo se pronunciarán o consignarán por escrito. Las decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público.

5. Para que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará por que el público sea informado de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso administrativo judicial, y preverá el establecimiento de mecanismos apropiados de asistencia encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que traben el acceso a la justicia".

Tampoco precisa suficientemente el LB cuál sería el importe indemnizatorio que podrían solicitar los grupos de interés, dado que el entendimiento de lo que sería para ellos daño indemnizable no resulta siempre evidente y, además, se plantean problemas relativos al control del destino efectivo de las indemnizaciones. Es cierto que el apartado 4.7.2 se refiere a esta cuestión, pero no la resuelve por entero, toda vez que menciona únicamente las medidas cautelares y los gastos preventivos razonables como integrantes del posible *petitum* de estos grupos de interés. Por añadidura, si se delimita adecuadamente el ámbito de la indemnización que podrán recibir los grupos de interés, de modo que se eviten o, al menos, se reduzcan los riesgos de reclamaciones injustificadas o espurias, no sería siquiera necesario dar carácter estrictamente subsidiario a su legitimación activa y podría permitirse que tales grupos pudieran acudir directamente ante los Tribunales.

b. Casos urgentes (medidas cautelares y coste de las acciones preventivas)

En estos casos, el LB propone reforzar la legitimación de los grupos de interés, que no sólo pasa a ser directa, sino que también comprende la posibilidad de pedir medidas cautelares y ejercer acciones negatorias o cuasinegatorias. Con explicable cautela, el LB no se pronuncia sobre la relación que, en cada caso, deberá establecerse, entre la acción puramente indemnizatoria (de responsabilidad civil, *liability rule*) y la negatoria (de carácter real, *property rule*). Dada la gran diversidad de casos posibles, la posición del LB parece razonable: es punto menos que imposible determinar a priori y centralizadamente cuándo en la práctica habrá de prevalecer la una sobre la otra (piénsese, por ej., en las diferencias que median entre un caso de emisiones realizadas por vehículos automóviles de otro de vertidos provenientes de una costosa instalación fabril).

También en esta sede, el LB prevé un sistema de compensación de gastos preventivos razonables a favor del grupo de interés accionante, un claro incentivo a su actuación. La exigencia normativa de razonabilidad del gasto introduce implícitamente un enjuiciamiento del comportamiento de prevención de los grupos de interés en términos de coste-beneficio: sólo serán reembolsables aquellos gastos preventivos que están justificados por su eficacia reductora o mitigadora de los efectos negativos para el medio ambiente. Tal exigencia debería servir, por tanto, para excluir una posible actuación caprichosa e ineficiente de un grupo de interés.

c. Garantizar un nivel suficiente de conocimientos y evitar gastos innecesarios

La ampliación de la legitimación activa que lleva a efecto el apartado 4.7 del LB no beneficia a todos los grupos de interés que operan en el sector de la protección del medio ambiente, sino que estará limitada a aquéllos que acrediten la satisfacción de ciertos criterios cualitativos objetivos.

Esta restricción, en sí misma, parece justificada: el funcionamiento de la justicia es costoso no sólo para los litigantes sino también para la sociedad en su conjunto. Además, las legitimaciones colectivas suscitan un riesgo de reclamaciones espurias o frívolas superior al de las reclamaciones entabladas por quien puede acreditar un perjuicio o derecho lesionado de carácter individual. Por añadidura, en este sector, la vulnerabilidad de la reputación de las empresas ante el mero hecho de la presentación

de una demanda por conductas lesivas para el medio ambiente aconseja buenas dosis de prudencia a la hora de trazar el círculo de la legitimación activa.

Lo que no precisa el LB es qué ordenamiento será el encargado de formular específicamente los criterios de selección de los grupos de interés legitimados. En principio, dado que se pretende una regulación uniforme en este terreno del acceso a la justicia, parece que debiera ser el régimen comunitario que saldrá del LB el encargado de realizar tal tarea. Sin embargo, es imaginable -y el LB no lo excluye- deferir la cuestión a los respectivos derechos nacionales, lo que puede presentar alguna ventaja, pero comporta un apreciable riesgo de excesiva variabilidad en los niveles de *enforcement* de un régimen sustantivo de responsabilidad por daños medioambientales que sería sustancialmente uniforme en los distintos Estados miembros.

Si es el régimen comunitario el encargado de dictar dichos criterios, es urgente una mayor precisión en cuanto a los mismos. La referencia a la "calidad" y a la "objetividad" no son suficientes para fijar con un mínimo de certidumbre cuál sería el ámbito de la legitimación activa en este sector. Se abren entonces numerosos interrogantes: ¿será necesario contar con una autorización administrativa -¿europea, nacional, regional?- para poder actuar y accionar frente a los daños al medio ambiente? ¿Basta que el objeto social sea el de la protección al medio ambiente, o se añadirá el requisito de la antigüedad o la experiencia acreditada? ¿Se exigirá algún tipo de solvencia financiera para hacer frente a las eventuales reclamaciones derivadas de un ejercicio frívolo o excesivamente impulsivo de la legitimación activa en la materia? Todas estas son preguntas que el régimen comunitario debería considerar y resolver.

Está igualmente necesitada de mayor clarificación la apelación que realiza el LB a los mecanismos alternativos de resolución de controversias (*ADR*). Es elemental que tales mecanismos comportan, en principio, ventajas en términos de coste frente a los mecanismos judiciales de adjudicación. No parece, sin embargo, que un ámbito, como es el de los daños ambientales, con una componente importante de "bien público" (en sentido económico, no jurídico) esté particularmente indicado para que los mecanismos alternativos de solución de disputas desplieguen sus efectos positivos de reducción de costes de la Administración de Justicia: existe el riesgo de que el laudo arbitral, la propuesta del mediador o el importe del acuerdo transaccional no incorporen el elemento de externalidad positiva que supone que el agente contaminante se vea obligado efectivamente a pagar la totalidad del daño medioambiental producido (con lo que se fuerza al contaminador a internalizar el verdadero coste social de su actividad).

Lo anterior no implica una exclusión absoluta de los *ADR* de este sector del Derecho, pero sí aconseja alguna prudencia en su uso. En todo caso, no parece que el futuro régimen comunitario de responsabilidad por daños al medio ambiente incorpore medidas que fuercen *de iure* o *de facto*, a los demandantes, a utilizar mecanismos de resolución de controversias de esta clase.

8. Relación con los convenios internacionales

Véase sección 5.a.

9. Garantía financiera

En esta sección, el LB considera estrechamente conectados dos problemas que, sin embargo, se encuentran, conceptual y prácticamente, bien diferenciados.

Uno de ellos se refiere a los incentivos que un sistema de responsabilidad por daños medioambientales genera en las empresas de cierta envergadura y que desarrollan actividades proclives a provocar daños de ese tipo, a "externalizar" las potenciales responsabilidades medioambientales hacia empresas más pequeñas y posiblemente insolventes si acaece una catástrofe ambiental. Con tales maniobras, el eventual efecto preventivo del régimen de responsabilidad se desvanece o, al menos, se deteriora sensiblemente. El remedio no hay que buscarlo prioritariamente en las reglas sobre cobertura financiera o aseguramiento (especialmente si éste no es obligatorio), sino en las reglas sobre determinación del responsable: responsabilidad del comitente o mandante y no sólo del contratista, responsabilidad del productor de residuos y no sólo del gestor de éstos, responsabilidad de la sociedad madre y no sólo de la filial. La posibilidad de acudir al mercado de seguros, frente a lo que parece entender el LB, no reduce por sí misma el incentivo a eludir responsabilidades: la gran empresa, si ello le es posible, preferirá transferir la eventualidad de pagar una indemnización a una empresa insolvente -que, precisamente por ello, conoce que no tendrá que hacer frente a la totalidad del daño causado y por tanto no cargará por sus servicios el precio correspondiente a su verdadero coste social- ahorrándose así las primas de seguro -que, en principio, sí reflejan el verdadero coste social esperado, más el *overhead* que suponen los gastos de administración de la póliza- que de otro modo tendría que abonarle a la Compañía aseguradora. Si el seguro es obligatorio, ¿qué duda cabe?, desaparece la oportunidad de eludir la responsabilidad, pero únicamente si verdaderamente la gran empresa es considerada potencial responsable a los efectos de la imposición de cobertura financiera forzosa. Y, aun así, puede ser conveniente evitar transferencias de responsabilidad a empresas más pequeñas, tanto porque su menor solvencia afecta negativamente a los incentivos a la precaución, como porque el ajuste de las primas de seguro a los niveles de precaución puede ser más operativo en relación con la empresa mayor.

El problema del aseguramiento de la responsabilidad civil medioambiental es cosa distinta. Las empresas que se enfrentan a la eventualidad de pagar indemnizaciones (potencialmente de gran magnitud) por los daños medioambientales que causen es muy probable que vayan a demandar seguro, esto es, a buscar la traslación a otro de tales riesgos de indemnización, a cambio del pago de una prima.

El seguro de responsabilidad civil de los potenciales causantes no es, sin embargo, indiferente para los incentivos a la precaución de aquéllos. El asegurado que puede afectar con su conducta la probabilidad de accidente tiene ahora, al estar aseguradas las consecuencias negativas del mismo, menos motivos para invertir en precaución. Este problema de riesgo moral (*moral hazard*) puede ser paliado mediante mecanismos de control, *ex ante* o *ex post*, por parte de la Compañía de seguros, que permitan vincular el nivel de precaución del asegurado con el montante de las primas, o mediante el uso de franquicias, que dejan fracciones del daño a cargo del asegurado. La viabilidad de estos sistemas en el sector del seguro de responsabilidad medioambiental, parece, en principio, relativamente elevado, lo que permite hasta cierto punto relegar a un segundo plano los problemas de riesgo moral.

Lo que no puede ser obviado, en cambio, es el problema de la asegurabilidad del daño medioambiental en sí o, al menos, de aquéllos más complejos (confróntese el apartado 5 relativo a los criterios de evaluación de distintos tipos de daños) de apreciar y cuantificar. Las dudas albergadas por el LB acerca de la viabilidad, como mínimo a corto plazo, de un mercado de seguros suficientemente desarrollado que pueda hacer frente a estas dificultades, le inducen a desechar claramente la posibilidad de imponer a quienes desarrollan una actividad potencialmente lesiva para el medio ambiente, a los efectos del régimen comunitario, la obligación de concertar un seguro o de obtener otra garantía financiera que cubra sus responsabilidades.

Aunque esta actitud revela prudencia, la verdad es que el LB no pone de manifiesto con suficiente claridad los costes de su opción por la no obligatoriedad del seguro. Tales costes derivan principalmente de la insuficiencia de recursos de muchos potenciales causantes de daños al medio ambiente para hacer frente a sus responsabilidades indemnizatorias (*judgement-proof problem*). El insolvente tiene menores incentivos a invertir en precaución, a la vista de su incapacidad de pagar todo el daño causado, y su incentivo a asegurar su responsabilidad se ve paralelamente debilitado (de hecho, por debajo de un cierto nivel de solvencia el potencial causante, aun siendo averso al riesgo, no tiene interés en comprar seguro). El seguro obligatorio, al menos si es posible ligar razonablemente las medidas de precaución con las primas efectivas, contribuye a solventar este problema. En otras palabras, la renuncia al seguro obligatorio se hace en buena medida a costa de pagar un precio en infraprevención, en falta de precauciones ambientales por parte de aquellas empresas que no disponen de recursos suficientes para hacer frente a su daño esperado (y que el seguro obligatorio podría, bajo ciertas condiciones, corregir).

Tal vez por ello fuera aconsejable no rechazar la obligatoriedad del seguro en sectores económicos particularmente peligrosos para el medio ambiente y en los que la dimensión de las empresas que en él operan permiten anticipar que los efectos del *judgement-proof problem* serán graves y no podrán ser evitados adecuadamente mediante medidas de regulación pública *ex ante* (por ejemplo, licencias o autorizaciones condicionadas a controles de solvencia, a limitaciones de los niveles de actividad o a la adopción de tecnologías que reduzcan a niveles muy bajos los daños ambientales esperados).

- ***Diversas opciones de actuación comunitaria***

El LB se plantea diferentes estrategias normativas para regular la responsabilidad por daños al medio ambiente y concluye que la mejor solución es la elaboración en la materia de una directiva comunitaria de carácter general.

En primer lugar se presenta la posible adhesión de la Comunidad al *Convenio sobre responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente por actividades peligrosas, adoptado por el Consejo de Europa en Lugano en 1993* (Convenio de Lugano). El LB no considera viable esta alternativa sin adoptar un texto normativo comunitario que concrete el ámbito excesivamente vago de daños indemnizables del art. 2.7 del Convenio de Lugano y los criterios mediante los cuales se deberá llevar a cabo la restauración o la compensación de los daños al medio ambiente. Por lo anterior, el LB

entiende que el Convenio de Lugano sería insuficiente para garantizar una homogeneidad mínima en el régimen de responsabilidad por daños medioambientales y concluye así que la adhesión al Convenio por sí sola no resolvería los problemas que debiera afrontar una eventual actuación comunitaria.

Otra alternativa es la de limitar el régimen comunitario de responsabilidad a los daños transfronterizos. Esta solución presenta importantes inconvenientes que la hacen desaconsejable: no se cubriría la laguna existente en las legislaciones nacionales en materia de daños a la biodiversidad, se restringiría la actuación comunitaria a un tipo de daños que no es cuantitativamente relevante y, finalmente, podría acarrear diferencias injustificadas de trato entre agentes dañosos idénticos por razón del lugar de producción del daño, que se convertiría en el criterio decisivo para determinar el régimen jurídico aplicable.

Una tercera consiste en la adopción de un texto normativo no vinculante, es decir, de una recomendación. No parece ésta una solución encomiable: aunque podría suponer unos menores costes para los operadores económicos en términos de certidumbre, existiría una laguna en materia de daños transfronterizos y sería menos protectora para el medio ambiente. Es decir, como la protección del medio ambiente europeo tiene efectos positivos para todos los Estados de la UE, el incentivo individual de cada Estado para establecer una normativa para sus empresas más rigurosa en términos de prevención será muy reducido, ya que siempre le será más beneficioso aprovecharse de la mejora del medio ambiente proporcionada por la normativa del Estado vecino.

Finalmente -y de forma acertada- el LB considera como opción más deseable y que mejor garantiza la seguridad jurídica la adopción de una directiva comunitaria que contemple la responsabilidad por daños al medio ambiente. Esta eventual directiva permitiría una delimitación más precisa del ámbito de actuación comunitaria, una mejor regulación de los daños a la biodiversidad en relación con la regulación comunitaria existente en la materia, y una mayor garantía en la obtención de resultados efectivos de restauración del medio ambiente. No obstante, es importante señalar que esta futura directiva debería ser más concreta y precisa de lo que parece augurar el LB, en relación, entre otros, con los tipos de daños incluidos, el régimen de responsabilidad aplicable y los legitimados activamente para ejercitar la acción.

El LB se plantea las ventajas o inconvenientes de que la futura directiva sea el resultado de la suma de regulaciones en sectores específicos (como la biotecnología) o sea, en cambio, una regulación horizontal a todas las actividades potencialmente perjudiciales para el medio ambiente. Este segundo enfoque es el que nos parece más deseable porque permite evitar agravios comparativos entre sectores distintos pero de peligrosidad similar.

• ***Subsidiariedad y proporcionalidad***

Señala el LB que los principios de protección del medio ambiente y de la salud de las personas establecidos por el art. 174.1 del Tratado CE no han alcanzado un grado óptimo de aplicación en los Estados miembros por tres órdenes de razones:

- a) **Lagunas de protección** en los distintos regímenes legales nacionales, particularmente en materia de daños a la biodiversidad.
- b) **Carácter transfronterizo** de una parte importante **de los daños** en cuestión.
- c) **Heterogeneidad de los mecanismos legales, judiciales y administrativos en materia de responsabilidad ambiental**: algunos Estados miembros utilizan prioritariamente técnicas de derecho público, mientras que otros recurren a instrumentos propios del derecho privado, aunque todos combinan ambos en distintas proporciones.

Ante ello, la opción preferible para el LB es el **enfoque gradual basado en una directiva**. Ésta fijaría los elementos básicos del régimen de responsabilidad, pero dejaría un margen amplio de libertad a los Estados miembros, siempre –concluye– bajo el control *ex post* de la propia Comisión y del TJCE.

Aunque es compartible la doble opción del LB, tal vez habría sido oportuno justificar ulteriormente su compatibilidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

- **Impacto económico global del régimen comunitario de responsabilidad ambiental**

La prudencia manifestada en este apartado por el LB, que reconoce expresamente que la Comisión carece de información empírica suficiente para formular un juicio global acerca del impacto económico global del nuevo régimen sugiere claramente que, antes de iniciar los trabajos de elaboración del proyecto de directiva, hay que realizar los estudios empíricos en cuestión. A este efectos, el LB señala que deben evaluarse:

- a) La utilidad de la experiencia estadounidense, en particular, la relacionada con la **CERCLA (Superfund Legislation)**.
- b) El impacto de la nueva legislación en los distintos sectores, de entre los que se destacan las **PYMES (PME, SME, Mittelstand)**, el crédito y de seguros y sobre el nivel general de empleo.
- c) Los **costes de elaboración y aplicación de la Directiva** (costes de transacción, en particular, los más directamente relacionados con la litigiosidad generada por la nueva legislación).

Aunque es elogiada la apertura del LB al análisis de experiencias extraeuropeas ya muy contrastadas, tal vez la impresión recogida es excesivamente optimista: de acuerdo con estudios empíricos en la materia [Lloyd S. Dixon "The Transaction Costs Generated by Superfund's Liability Approach" en Revesz y Stewart, *Analyzing Superfund*, Washington (1995)], los costes de transacción –no destinados directamente a la limpieza de los lugares contaminados– consumieron el 36% de los gastos totales del sector privado en el sistema *Superfund* y, en el caso de las Compañías aseguradoras, esta proporción llegó al 88% de sus gastos.

A pesar de ello, es argumentable que los elevados costes de transacción del sistema *Superfund* son achacables en buena medida a factores intrínsecos al sistema jurídico y al mercado de servicios jurídicos en USA, y no tanto a un esquema de fondo de compensación de catástrofes medioambientales con acciones de regreso dirigidas a exigir responsabilidades indemnizatorias a los causantes del daño que sean identificables. De hecho, el LB tal vez debería tomar en consideración más explícitamente la opción de los fondos de compensación o de identificación conjunta, sufragados con impuestos sobre los sectores que más directamente pueden afectar al medio ambiente. La eficacia preventiva de sistemas de esta clase quedaría garantizada mediante la correspondiente previsión de reclamaciones de responsabilidad frente a los agentes causantes de los daños al medio ambiente. Su efecto positivo para la efectiva restauración del medio ambiente dañado queda, desde luego, fuera de toda duda.

La referencia a las PYMES suscita alguna perpejidad: por un lado se apunta a que estos agentes económicos “provocan con frecuencia un porcentaje de daños superior [al] que cabría esperar, habida cuenta de su tamaño, quizá como consecuencia de una falta de recursos” –clara referencia al *judgement proof problem* : cuando un potencial contaminante carece de recursos suficientes para hacer frente al máximo daño que puede derivarse de su actuación, los incentivos a la prevención se reducen-, pero a continuación se añade que “[s]ería posible mitigar los posibles efectos adversos mediante una utilización más focalizada de los mecanismos de apoyo nacionales o comunitarios destinados a facilitar la adopción de procedimientos más limpios por parte de las PYME“, es decir, mediante subsidios públicos, nacionales o comunitarios. Parece claro que los sectores más contaminantes habrán de ser los que más sufran el impacto del nuevo régimen, pero de ello no se sigue sin más el juicio positivo sobre la conveniencia de subvenciones públicas. El confesado objetivo de prevención determina precisamente que quien más contamine más pague. Así, esta redistribución de recursos a favor de las PYMES carece de justificación explícita en el LB, mucho más cuando el mismo reconoce que los efectos netos de la aplicación del nuevo régimen sobre el empleo pueden ser positivos.

En cuanto al impacto sobre el sector crediticio, a expensas de una contrastación empírica más precisa, no parece que deba ser importante, toda vez que la *lender liability* no sería incorporada al nuevo régimen de responsabilidad.

Más compleja es la cuestión en relación con el sector asegurador. Al haber renunciado explícitamente el LB a imponer un aseguramiento obligatorio de las responsabilidades derivadas del nuevo régimen comunitario que se postula, parece casi axiomático concluir que el sector asegurador no puede resultar sino beneficiado: las nuevas -y acrecentadas- responsabilidades generarán un incremento de la demanda de seguro de responsabilidad civil pero, al tiempo, las Aseguradoras sólo aceptarán aquellas pólizas que, como media, pueda esperarse que no provoquen un desequilibrio negativo en sus resultados, esto es, podrán rechazar los "malos riesgos" o introducir en las pólizas aquellas cláusulas que permiten circunscribir óptimamente los riesgos cubiertos.

Sin embargo, este efecto favorable para las Compañías aseguradoras requiere un patrón de certidumbre y previsibilidad en la interpretación que los Tribunales nacionales y, eventualmente, el TJCE, realicen de las normas del régimen comunitario de responsabilidad ambiental y de las normas que rigen el contrato de seguro entre la

Aseguradora y el asegurado. Si, por ejemplo, los Tribunales elevan el daño indemnizable por encima de los niveles previstos por las Compañías para fijar las primas, o declaran la invalidez de cláusulas contractuales de delimitación de la cobertura (a estos efectos, no está de más recordar la experiencia española - y de otros Estados - con las cláusulas *claims made*: el Tribunal Supremo las consideró incompatibles con una visión esencialista del seguro de responsabilidad civil y, por tanto, inválidas, y tuvo que actuar el legislador para restaurar su uso por parte de las Compañías), las Aseguradoras pueden resultar enormemente perjudicadas. Aun cuando el seguro sea voluntario, el régimen comunitario de responsabilidad por daños medioambientales no puede prescindir de lo que sucede en el mercado de seguros, sino que debe tratar de ofrecer un marco lo más previsible que sea alcanzable, a fin de que las Compañías puedan absorber sin detrimento los riesgos de indemnizaciones ambientales.

La preocupación del LB por el impacto económico de la futura regulación comunitaria comprende igualmente los costes de transacción del sistema. La actitud relativamente optimista del LB se apoya en dos tipos de evidencias: la experiencia norteamericana, que no parece haber supuesto un incremento respecto del (muy elevado) nivel de costes de transacción que genera el sistema de responsabilidad civil en USA; la propia experiencia comunitaria en relación con el hasta ahora más importante sector de daños sometido a una regulación europea, el de responsabilidad por productos defectuosos, en el que los estudios empíricos realizados no señalan un incremento de la litigiosidad como consecuencia de la introducción del régimen europeo de responsabilidad.

Tal vez no sean éstas las comparaciones más apropiadas. Los estudios empíricos que sin duda han de acometerse antes de proceder a la elaboración de la normativa comunitaria deberían tratar de comprobar cuáles son los costes de transacción esperables del régimen europeo de responsabilidad medioambiental, en relación con los esperables bajo otros sistemas alternativos de prevenir los daños medioambientales en Europa.

• **Conclusiones**

1. En algunos de sus apartados, el LB parece tender a identificar el daño causado al medio ambiente con el coste de su restauración. Lo anterior, desde un punto de vista estrictamente analítico, resultaría incorrecto tanto en derecho como en economía: la restauración *in natura* de un bosque de encinas centenarias es casi infinitamente costosa a cualquier plazo que no sea de siglos, pero, sin embargo, puede haber diversos métodos razonables de estimar y compensar el daño causado. Los autores de estas Observaciones recomiendan desarrollar el análisis esbozado por el LB en materia de distinción entre compensación de daños y restauración del medio ambiente dañado.
2. El LB también parece presuponer que es posible analizar la incidencia que tiene un régimen de responsabilidad civil en los comportamientos medioambientalmente relevantes con independencia de los efectos que resultan de otros instrumentos de protección del medio ambiente, fundamentalmente la regulación pública y las sanciones administrativas y penales. Y ello es así a pesar de que el propio LB reconoce que los regímenes jurídicos de los Estados miembros contemplan también

estas medidas. Los autores de estas Observaciones resaltan que los niveles óptimos de prevención en materia medioambiental dependen de la utilización conjunta de todos estos instrumentos y por ello es necesario incorporar el análisis del equilibrio que resultaría de la interacción entre todos ellos. Si la cuantificación de los daños es correcta y todos sus causantes son condenados a pagarlos pero además de ello sufren con una probabilidad también muy elevada las consecuencias negativas de otras medidas, se produce un caso claro de sobreprevención. Por otro lado, la toma en consideración de fondos de compensación o de reparación conjunta, complementados con acciones de regreso frente a los agentes dañosos identificables, sería tal vez aconsejable.

3. El LB parece partir del principio conforme al cual el importe de la indemnización habría de destinarse, prácticamente en todo caso, a la restauración del medio ambiente dañado. En los desarrollos ulteriores de este análisis convendría precisar que, en bastantes casos, tal asignación de recursos no será la más eficiente (por ejemplo, si pudiera reforestarse una extensión igual al doble de la dañada, próxima a ésta y por el mismo coste)
4. En cuanto a los daños cubiertos por la futura regulación comunitaria es destacable la ausencia de toda consideración a los daños no patrimoniales (daños morales), una materia, además, regulada de manera muy distinta por las diversas regulaciones nacionales de los Estados miembros.
5. Convendría desarrollarse ulteriormente el análisis del LB en todo lo relativo a la pluralidad de agentes de daños y, en particular, deberían precisarse criterios en materia de apreciación de la relación de causalidad múltiple, atribución de la carga de la prueba y distribución de la cuantía indemnizatoria que hay que pagar entre los responsables. Conviene advertirse que el régimen de la responsabilidad solidaria no es el óptimo en todos los casos.
6. La posible exoneración parcial de responsabilidad del contaminador que hubiera ajustado su comportamiento histórico a los estándares estrictamente legales, y la propuesta de compensarla con una contribución pública, implica poner a cargo de los contribuyentes los efectos de una regulación excesivamente laxa y por tanto defectuosa. No parece ser el mecanismo del reparto de responsabilidad el mejor sistema para incentivar la regulación pública más deseable.
7. Los criterios del LB consistentes en definir, primero, el supuesto de hecho de la responsabilidad por daños tradicionales y a lugares precisos sustancialmente en función de la peligrosidad de la actividad y, luego, el de los daños a la biodiversidad en función de la inclusión del bien dañado en el régimen comunitario de protección actualmente vigente, acaso no resultan coherentes entre sí. Parece apreciarse en la solución preconizada por el LB una excesiva *path dependence* y en su lugar los autores de estas Observaciones proponen la generalización del primer criterio.
8. Parece oportuno desarrollar los criterios simplemente esbozados por el LB en materia de acceso a la justicia de grupos de intereses, sobre todo en relación con la distinción entre casos urgentes, en los que caben medidas cautelares, acciones

negatorias y otras acciones de carácter real, y los casos ordinarios, no perentorios, en los que sólo es posible acudir a la indemnización *ex post*.

9. Sería aconsejable que la Directiva preconizada por el LB se apartara de éste en punto a la exclusión de la obligatoriedad del seguro de daños medioambientales y estableciera, en cambio, la exigencia de seguro obligatorio para el desarrollo de ciertas actividades especialmente peligrosas. Paralelamente, y para facilitar la asegurabilidad del daño, podría preverse la introducción de baremos.
10. La solución propuesta por el LB de elaborar una Directiva comunitaria de carácter horizontal y no sectorializada es compartida por los autores de estas Observaciones, pero parece importante recalcar la conveniencia de que el grado de precisión del régimen propuesto para la Directiva en las Conclusiones anteriores sea superior al que resulta de la lectura del propio LB.