

Observacions al Llibre Blanc sobre Responsabilitat Ambiental*
Pablo Salvador Coderch, Fernando Gómez-Pomar Pérez, Mireia Artigot i Golobardes,
Yolanda Guerra Aznar

Sumari

- Introducció
- Què és la responsabilitat ambiental?
 1. Propòsit de la responsabilitat ambiental
 2. Tipus de danys al medi ambient per als que és adient el règim de responsabilitat
- Arguments que justifiquen la instauració d'un règim comunitari i efectes del mateix
 1. Aplicació dels principis ambientals bàsics del Tractat CE
 2. Descontaminació i restauració del medi ambient
 3. Impuls a l'aplicació de la legislació ambiental comunitària
 4. Millora de la integració
 5. Millora del funcionament del mercat interior
 6. Efecte previst
- Característiques que podria presentar el règim comunitari de responsabilitat ambiental
 1. Caràcter no retroactiu
 2. Àmbit d'aplicació
 - a. Danys que ha de cobrir el règim
 - b. Activitats que estaran contemplades
 3. Tipus de responsabilitat, circumstàncies atenuants o eximents (*rectius*: excepcions oposables) i càrrega de la prova
 4. A qui s'ha de responsabilitzar?
 5. Criteris per als diferents tipus de danys
 - a. Danys a la biodiversitat
 - b. Llocs contaminats
 - c. Danys tradicionals
 - d. Relació amb la Directiva sobre responsabilitat pels productes defectuosos
 6. Descontaminació i restauració efectives del medi ambient
 7. Accés a la justícia
 - a. Responsabilitat a dos nivells: l'Estat ha de ser responsable en primer lloc
 - b. Casos urgents (mesures cautelars i cost de les accions preventives)
 - c. Garantir un nivell suficient de coneixements i evitar despeses innecessàries
 8. Relació amb els convenis internacionals
 9. Garantia financera
- Diferents opcions d'actuació comunitària
- Subsidiarietat i proporcionalitat
- Impacte econòmic global del règim comunitari de responsabilitat ambiental
- Conclusions

* Agraïm la col.laboració d'Álvaro Luna Yerga i Jordi Carrasco Martín en la recerca.

- **Introducció**

En aquest primer apartat, el [Llibre Blanc](#) (LB) declara que l'objectiu principal de la política comunitària en la matèria que constitueix el seu objecte és evitar els danys al medi ambient, i suggereix ulteriorment que un instrument adequat per a aconseguir-lo seria una Directiva comunitària que establís un règim de responsabilitat civil amb eficàcia autènticament preventiva¹. Els autors d'aquestes Observacions subscriuen la concepció bàsica del LB, però amb elles tracten de contribuir a precisar determinats aspectes als que el LB tan sols apunta quan descriu el supòsit de fet i les conseqüències de dret del règim proposat. En particular, en el que es refereix als aspectes relacionats amb la identificació dels diferents tipus de danys al medi ambient, els mètodes de la seva valoració i la diferència entre indemnitzar danys i restaurar el medi ambient danyat. Igualment, s'ha prestat atenció a la connexió entre els diferents estàndards de responsabilitat esbossats pel LB i el risc inherent a les diferents classes d'activitat.

- **Què és la responsabilitat ambiental?**

En aquesta secció inicial el LB no ofereix una descripció, ni tan sols sumària, dels trets essencials que podrien caracteritzar un sistema de responsabilitat ambiental. Sembla que dona per bo un concepte bàsic consistent en l'obligació d'indemnitzar, compensar o restaurar el dany mediambiental causat.

1. Propòsit de la responsabilitat ambiental

Ja la intenció del LB d'introduir un règim de responsabilitat civil ambiental, entès, en principi, sense gaire més precisions (vegi's, per exemple, la secció 4.5) com a sistema d'indemnització, compensació o restauració del medi ambient danyat, suscita d'entrada algunes perplexitats:

- El LB sembla pressuposar que la nova regulació de responsabilitat civil s'afegirà a les regulacions públiques de les activitats potencialment contaminants i als règims de sancions administratives i penals ja existents. Això pot produir un **efecte de sobreprevenció** d'activitats potencialment danyoses per al medi ambient [es ben conegut en la teoria econòmica el resultat de sobreprevenció quan es combina la regulació pública de nivells de precaució que seria òptima en absència de responsabilitat per danys amb un (nou) sistema de responsabilitat: Steven Shavell, "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation", a *Rand Journal of Economics* (1984), pàg. 271; Charles Kolstad, *Environmental Economics*, Oxford (2000), pàg.235].

És necessària una anàlisi detinguda de la regulació penal i administrativa vigent en els diferents Estats membres abans d'afegir sense més una regulació comunitària sobre responsabilitat civil mediambiental. La consideració i disseny aïllats de només un dels instruments que el sistema jurídic posa a disposició de la política ambiental poden provocar conseqüències imprevistes i distorsionants en l'eficiència global del sistema de protecció ambiental. El decisiu no és el funcionament de cadascun d'ells, sinó si

¹ El Llibre Blanc descriu a més en aquest apartat l'estructura del text i els seus antecedents, temes que els autors no consideraran en les seves Observacions.

l'efecte conjunt sobre la prevenció dels danys mediambientals és el socialment desitjable.

- El principi “Qui contamina paga” i les conseqüències que en resulten per un sistema de responsabilitat ambiental s'enuncien de forma ambivalent -“el contaminador ha de pagar la reparació dels danys”-. Però, en el LB, “reparar” significa dues coses molt diferents, ja que es tracta d'assumir² les despeses de:

- a) “**Restauració**” o de
- b) “**Compensació**” dels danys causats.

La restauració pot resultar més o menys costosa que la compensació o indemnització i, en el límit, pot ser infinitament costosa, és a dir, impossible, o, en l'altre extrem, inútil, des d'un punt de vista econòmic. Legalment, restaures coses, però indemnitzes a persones. La distorsió dels efectes de prevenció, ateses les possiblement elevades diferències entre el dany que, millor o pitjor avaluat, caldria indemnitzar, i el cost de restaurar, és potencialment important.

Es proposa llavors que des del primer moment s'estableixi un criteri normatiu de distinció tocant els supòsits de fet i les conseqüències de dret de restauració i compensació. És essencial delimitar amb precisió el titular o titulars de la pretensió de què es tracti.

2. Tipus de danys al medi ambient per als que és adient el règim de responsabilitat

Per tal de delimitar quin tipus de danys s'inclourien en el nou règim de responsabilitat, el LB recorre a diferents índexs:

- La distinció entre **danys concentrats** (esdeveniments discrets, o si continuats, derivats de fonts fàcilment identificables, com ara seria la contaminació d'una superfície definida de territori) i **danys difusos** (pluja àcida). La distinció és polar, *ergo* funciona malament si no es perfila amb claredat i encara que es perfili amb claredat: la realitat no és polar.

És el cas Chernobyl un dany difús o concentrat? Certament, la responsabilitat civil funciona malament en casos de dany difús, atès que, havent-hi hipotèticament moltes víctimes, l'incentiu individual a reclamar és reduït i els costos de gestió de les reclamacions són fàcilment elevats.

- La idea que “hi ha d'haver un o més **actors identificables**” (danyadors), és a dir, que el dany ha de poder ser imputable a un comportament humà actiu o omissiu. Amb tot, no hi ha cap mena d'esforç per tal de definir els criteris d'imputació.

² El LB diu que els causants de la contaminació “assumiran el risc” de cobrir les despeses de què es tracta. Però si es suposa que la identitat dels causants és coneguda, que la llei s'aplica en qualsevol cas de danys i que el seu import és sempre conegut en la seva integritat, llavors, els causants de danys corren quelcom més que un mer risc de ser condemnats a restaurar o compensar.

- La mesurabilitat del dany: els danys (econòmicament) inquantificables podrien quedar al marge del sistema, excepte a través de la via del cost de restauració.

- La relació de causalitat. Se suposa que el LB es refereix a la causalitat naturalista o *causation in fact*. Cal preveure qüestions de causalitat múltiple i de causalitat probable: el sistema ha de definir estàndards de càrrega de prova en ambdós casos.

- ***Arguments que justifiquen la instauració d'un règim comunitari i efectes del mateix***

1. Aplicació dels principis ambientals bàsics del Tractat CE

El LB incorpora el resultat bàsic de la teoria econòmica de la responsabilitat: ***si els contaminadors es veuen obligats a pagar pel dany causat, reduiran el nivell de contaminació fins al punt en el que el cost marginal de la reducció iguali la indemnització que s'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", diu la versió en anglès del LB³). En efecte, si el contaminador espera pagar una indemnització que reflecteixi el veritable cost ambiental de la seva activitat, optarà pel nivell de contaminació que resulta socialment òptim, igualant el cost marginal de la reducció de la contaminació amb el benefici marginal de la reducció de la indemnització esperada.

Ara bé, aquesta conclusió deriva de supòsits no explicitats:

- a) La indemnització al pagament de la qual serà condemnat el contaminador coincidirà exactament amb el dany ambiental realment ocasionat.
- b) No hi ha cap possibilitat que el contaminant eludeixi el pagament de la indemnització, ja sigui perquè escapi a l'aplicació de la llei, ja sigui perquè la indemnització al pagament de la qual resulti condemnat sigui inferior als danys causats: és a dir, tots els contaminadors són perseguits i tots ells són condemnats a pagar per l'import exacte dels danys causats.
- c) No hi ha problemes de concurs de diferents agents en la producció del dany ambiental (pluralitat d'agents causals).

³ La versió en castellà diu: "Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar". I segons 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". L'alemanya diu: "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". Probablement, les versions més correctes són l'anglesa i la francesa.

Per tant, una internalització perfecta dels costos mediambientals i uns nivells òptims de prevenció de conductes perjudicials per al medi exigeixen diversos supòsits, la concurrència dels quals a la realitat tindrà lloc molt rarament. Tot i això, la prevenció i la internalització d'efectes externs negatius que pot assolir la responsabilitat mediambiental és molt important, i el seu impacte beneficiós en el desenvolupament i extensió de tecnologies més netes no ha de menystenir-se.

Ara bé, un excés d'optimisme sobre l'eficàcia preventiva de la responsabilitat per danys ambientals -difícil de mesurar amb un mínim de rigor i pràcticament impossible a curt termini- pot generar una reacció de frustració si les expectatives no es veuen aviat confirmades per una millora perceptible en el comportament dels agents potencialment lesius per al medi ambient.

2. Descontaminació i restauració del medi ambient

El LB persegueix no només donar compliment al principi "qui contamina paga", sinó també que les quantitats que efectivament pagui el contaminador reverteixin en la restauració o recuperació del medi ambient danyat mitjançant els treballs precisos per restablir els ecosistemes danyats.

En efecte, el LB diu literalment:

"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" (pàg. 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" (pàg. 24).

Per tal d'aconseguir ambdós objectius seran decisius el compromís i la participació dels poders públics dels Estats membres, sense el concurs dels quals serà difícil que qui contamine un bé ambiental no apropiable o de propietat col·lectiva hagi de fer front a l'obligació de pagar el dany causat. A més, serà necessari que aquells garanteixin que el destí de les indemnitzacions recaptades sigui realment la recuperació dels elements del medi ambient que havien resultat afectats.

A l'anterior, cal formular algunes observacions:

- a) L'eficàcia preventiva de la responsabilitat civil no depèn per res del destí ulterior de les quantitats obtingudes en concepte d'indemnització, ja que el contaminador potencial ja se'n guardarà prou de causar danys pels que hagi de pagar i, a més, li serà del tot indiferent en què es gastí l'import en qüestió.
- b) Llavors, des d'un punt de vista exclusivament econòmic, inclòs el cas en què els danys causats al medi ambient siguin perfectament quantificables, les quantitats en qüestió haurien d'assignar-se a les finalitats socialment més

desitjables, que poden ser o no ser les de restauració del medi ambient històricament danyat, Així, per exemple, la restauració dels danys causats a un bosc de 1.000 Ha. pot costar 10.000 unitats monetàries, que servirien per restaurar un bosc veí de 2.000 Ha., d'extensió doble a l'anterior: què resulta preferible? ¿Destinar l'import de la indemnització a la restauració de l'ecosistema històricament danyat o invertir-lo en una activitat socialment més desitjable en aquell moment?

- c) El LB tracta d'evitar que els poders públics dels Estats membres malgastin les quantitats obtingudes com a indemnització pels danys i perjudicis al medi ambient, però ho fa pel procediment de prefixar el destí d'aquestes quantitats, una tècnica hisendísticament superada: la teoria econòmica no només ha d'aplicar-se a les decisions sobre quina, d'entre totes les imaginables, és la mesura preventiva més eficient, sinó també a les que es poden adoptar sobre l'assignació dels recursos obtinguts amb l'aplicació de la mesura escollida. La idea subjacent en el LB sembla ser que els poders públics escollirien sempre assignacions encara pitjors.
- d) El LB preveu l'assignació alternativa de les indemnitzacions només per a un cas concret, això és, aquell en el que la restauració del dany a la biodiversitat no sigui possible o ho sigui a un cost extremadament alt (pàg. 21). Amb tot, sembla sostenir que en el cas en què la restauració sigui possible amb la inversió de les quanties obtingudes amb el pagament de les indemnitzacions, aquest ha de ser el destí dels recursos en qüestió ***encara que hi hagi d'altres destins, fins i tot de naturalesa mediambiental, que siguin socialment més desitjables***. Això és òbviament incorrecte.
- e) Si es pensa llavors que la solució proposada és la de comminar en tot cas als contaminadors potencials amb el pagament de les quantitats necessàries per a reposar el medi ambient danyat, llavors es pot produir sobreprevenció: si el dany esperat es de 1.000, la prevenció òptima exigeix invertir no més de 1.000 o, alternativament, fer pagar no més de 1.000. Si la restauració implica un cost de 5.000, l'agent social implicat invertirà excessivament en precaucions.
- f) Per últim, tot l'anterior descansa sobre el supòsit que els danys al medi ambient són fàcil i exactament quantificables. Amb freqüència això no serà així, però l'experiència històrica sembla indicar que predomina la infravaloració i no la sobrevaloració dels danys mediambientals. El LB eludeix el problema, ja que assumeix que el valor a efectes indemnizatoris d'un recurs natural danyat es quasi sempre igual al cost de restaurar-lo (incloent el cost d'avaluació del dany). Amb tot, aquest cost depèn essencialment del nivell de qualitat del recurs que vulgui aconseguir-se *ex post*: el LB no estableix cap estàndard al respecte. La decisió llavors serà substancialment arbitrària i no respondrà necessàriament al valor inicial del recurs danyat i, per tant, al cost social ocasionat pel contaminador.
- g) Per al tema dels costos de gestió del sistema, vegi's l'apartat 7, en la part relativa als costos de transacció.

3. Impuls a l'aplicació de la legislació ambiental comunitària

Manifesta el LB en aquest apartat 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” (pàg. 12). Es pretén així aconseguir el doble efecte de promoure una més àmplia i eficaç aplicació de la legislació ambiental comunitària i, al mateix temps, complementar les legislacions dels Estats membres pel que fa a la protecció mitjançant regles de responsabilitat de certs danys mediambientals.

Observi's, de nou, que el LB sembla suposar la normal coincidència entre indemnització de danys i reparació específica *-in natura-* del dany causat, però això no sempre serà així: una cosa és la inversió en precaucions que resulta òptima –i per tant exigible– per tal de prevenir danys al mediambient (efecte preventiu: han d'invertir-se euros addicionals en precaució fins el punt en què un euro més invertit en més cures aconseguixi reduir els danys probables el medi ambient en un altre euro); però una altra cosa diferent és la inversió necessària per tal de restaurar el bé destruït o deteriorat (efecte restaurador: ha d'invertir-se en restauració la quantitat precisa per a reposar el medi ambient a l'estat anterior al dany, quantitat que pot resultar inferior, igual o superior a l'estimació econòmica dels danys causats, és a dir, a l'import de la indemnització a què serà condemnat el danyador, d'acord amb la regla exposada a l'apartat 2.1 del LB).

Al respecte, el LB constata una notable diversitat de règims jurídics de protecció al medi ambient en els drets dels Estats membres: “[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” (pàgs. 12-13).

Es produeix així una llacuna de la regulació en relació a certs danys mediambientals i, en particular, amb molts dels que no afecten a “la salud humana, la propiedad o a lugares contaminados” (pàg. 13), és a dir, amb els que acostumen a denominar-se danys, normalment més difusos, als recursos naturals. Els exemples són clars: béns no apropiables o col·lectius (aire, aus migratòries, animals silvestres).

Conseqüentment, el LB es pronuncia a favor que, com a mínim, els drets nacionals cobreixin alguns danys als recursos naturals no apropiables, ara són els protegits per les Directives 79/409/CEE del Consell, relativa a la conservació de les aus silvestres (D O L 103, pàg. 1) i 92/43/CEE del Consell, relativa a la conservació dels hàbitats naturals i de fauna i flora silvestres (D O L 206, pàg. 7).

Pel que fa a la implementació de la legislació mediambiental comunitària, la incidència d'una regulació de la responsabilitat civil mediambiental com és l'auspiciada pel LB sobre l'aplicació de la Directiva 92/43 d'hàbitats naturals sembla inqüestionable: reforçaria enfront els poders públics nacionals l'obligació, ja imposada per la Directiva, de restaurar els recursos naturals protegits per ella, però a la vegada els permetria d'obtenir ingressos a l'efecte mitjançant les accions de responsabilitat dirigides contra els contaminadors.

En efecte, la Directiva 92/43 imposa deures als Estats membres, però es tracta d'obligacions imperfectes, és a dir, d'obligacions que no venen acompanyades d'una sanció per al cas del seu incompliment. Una directiva de responsabilitat civil mediambiental integraria el règim d'aquella.

Ens manca evidència empírica sobre els resultats de l'aplicació de les diferents i heterogènies regulacions nacionals en la matèria per fer front als problemes derivats dels perjudicis mediambientals i, per tant, resulta molt arriscat pronunciar-se sobre la seva aptitud per tal de prevenir danys en aquest sector. Tot i això, sembla innegable que hi ha en l'actualitat un dèficit de protecció mitjançant regles de responsabilitat civil pel que fa referència a deterioraments ambientals purs (és a dir, als que no consisteixen en danys a la salut i integritat física, a la propietat i a llocs contaminats). És clar que en aquest àmbit dels danys purament mediambientals –com ara són els que atempten contra la biodiversitat– on resideix el principal abast innovador de la possible intervenció comunitària en relació amb els Codis civils i amb les normes nacionals especials de responsabilitat ambiental, de naturalesa civil, penal o administrativa. Dels resultats en aquest terreny –que és el més complexe– dependrà en gran mesura el judici que en el futur pugui fer-se del nou sistema de responsabilitat.

4. Millora de la integració

Per a la Comissió, la política normativa suggerida pel LB, consistent en obligar als agents potencials de danys al medi ambient a internalitzar els costos de la seva activitat nociva dona compliment al disposat a l'art. 6 del Tractat CE, segons el qual:

“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”.

Això pressuposa una interpretació normativa de l'esmentat article, segons la qual, la protecció del medi ambient exigeix la reducció eficient dels costos mediambientals i no, per exemple, una altra de més estricta –i costosa– com ara podria ser l'eliminació dels esmentats costos –la seva reducció a zero–, o una altra de més laxa, que no exigís ni tan sols la internalització dels costos en qüestió. Són possibles, per descomptat, d'altres interpretacions.

5. Millora del funcionament del mercat interior

Les empreses dels Estats membres competeixen en el comerç intracomunitari i en l'extracomunitari. Pel que fa al primer, el LB suposa l'existència d'un problema d'acció col·lectiva derivat del fet que els diferents règims nacionals sobre responsabilitat mediambiental no cobreixen els danys a la biodiversitat (és a dir, tots aquells que no afecten la salut humana, la propietat o llocs contaminats) i que aquests són probablement molt elevats.

La idea de la Comissió sembla ser que els Estats membres adoptarien una estratègia dominant de no cooperació: a cap Estat li interessa legislar per tal de fer front als danys a la biodiversitat perquè així poden preservar la posició d'avantatge competitiva de les seves empreses; facin el que facin els altres Estats membres, cap d'ells té interès en legislar i incrementar els costos de les seves empreses. I això és així tot i que tots els

Estats són conscients que legislar sobre biodiversitat milloraria la seva posició conjunta, el seu benestar col·lectiu.

L'actuació d'una entitat superior, com seria en aquest cas la Unió Europea, vindria a posar remei al problema: una regulació comunitària que obligués als Estats membres a internalitzar els danys a la biodiversitat portant-los a adoptar una solució cooperativa des d'una posició paritària: l'agent extern que imposa la solució resol el dilema del presoner.

Tingui's en compte que la discussió anterior pressuposa que el model que millor explica l'absència de legislacions sobre la biodiversitat és el dilema del presoner. La Comissió no es planteja alternatives al respecte que, tot i això, són teòricament possibles: en termes de teoria de jocs, els problemes d'acció col·lectiva en el terreny mediambiental poden ser també entesos com a jocs de *Chicken*, *Battle of the Sexes* o *Assurance* [Todd Sandler, *Collective Action. Theory and Applications*, Ann Arbor (1992) pàgs. 38 i ss.].

I en segon lloc, la Comissió es planteja el problema d'incidència d'una nova regulació comunitària sobre responsabilitat pels danys a la biodiversitat en la posició competitiva de les empreses europees en els mercats extracomunitaris i, al respecte, suggereix que es tingui present la conveniència de minimitzar els efectes negatius que fàcilment es podrien produir. Al respecte, proposa adoptar un “enfocament progressiu” o “gradual” (Seccions 6 i 7): s'aprovaria un règim marc amb uns “requisits mínims” que es desenvoluparien pels Estats membres. Es reduirien així els costos derivats de la incertesa i adaptació de les empreses a les seves noves responsabilitats.

6. Efecte previst

El LB afirma amb tota correcció que el principi “Qui contamina paga” constitueix un incentiu perquè les empreses adoptin un comportament responsable. Afegeix, però, que per aconseguir aquest objectiu calen determinades condicions com, per obvi exemple, que les empreses potencialment responsables puguin pagar les indemnitzacions, ja sigui amb el seu propi patrimoni, ja sigui mitjançant una assegurança o una altra garantia financera. Un seriós obstacle per l'aplicació de l'esmentat principi el constitueix la insolvència o solvència insuficient dels causants potencials de danys. La indemnització esperada per una empresa contaminadora de solvència reduïda té com a límit superior la seva pròpia capacitat financera i no l'import, en el seu cas molt superior, dels danys que poden causar. Si aquest és el cas, adoptarà precaucions subòptimes, tal i com assenyala el LB. Com pal·liar aquest problema? (*judgement-proof problem*). Hi ha diverses solucions imaginables: una és fer responsables solidariament totes les empreses que, de fet, disposen de poder de decisió sobre l'activitat creadora de riscos (es pot arribar a incloure als intermediaris financers⁴). Una altra és imposar una assegurança obligatòria. Una tercera, normalment

⁴ Els Tribunals nord-americans han considerat en ocasions responsables dels danys resultants de la contaminació per residus perillosos a institucions financeres que havien finançat les activitats dels agents contaminants, fins i tot quan aquestes institucions no havien tingut participació en les operacions del causant del dany: *United States v. Fleet Factors*, 901 F.2d 1550 (11th. Cir. 1990) i *State of New York v. Shore Realty Corporation*, 759 F.2d 1032 (2d. Cir. 1985). Aquesta extensió de la responsabilitat ha estat fortament debatuda en la literatura jurídic-econòmica: Kathleen Segerson, “Lender Liability for Hazardous Waste Cleanup”, a Tietenberg Ed., *Innovation in Environmental Policy: Economic and Legal Aspects of Recent Developments in Environmental Enforcement and Liability*, London (1992), pàg. 195; James Boyd i Daniel E.

molt més cara que les anteriors, és exigir un capital mínim superior al màxim risc creat. Totes elles poden servir per reduir la viabilitat de les maniobres d'elusió de responsabilitats pel procediment de transferir riscos a empreses infracapitalitzades.

La Comissió no es pronuncia a favor de cap d'aquestes dues mesures, sinó que es limita a assenyalar que "es importante poder contar con una garantía financiera, como la que ofrece un seguro", però després, a l'apartat 4.9, descarta expressament la solució de l'assegurança obligatòria: "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" (pàg. 27). Però això resulta discutible, ja que, com és ben sabut, en absència d'una obligació d'assegurar-se, el causant potencial dels danys que sigui insolvent o limitadament solvent no tindrà incentius per tal d'assegurar-se per tots els danys que superin la seva responsabilitat esperada: el causant potencial d'uns danys que, per hipòtesi, superen el valor del seu patrimoni no té cap interès en assegurar-se voluntàriament per danys que en cap cas podrà pagar. La prima que pagaria, en cas d'assegurar-se, estaria sufragant un risc del que no respon perquè no pot fer-ho.

Per exemple, suposi's que l'empresa A disposa de solvència per tal de respondre només fins el límit de 10, però que pot causar un accident mediambiental amb probabilitat de 0,1. Si s'esdevé l'accident, els danys poden ser del següent import: a) 10 amb probabilitat 0,5 i b) 40 amb idèntica probabilitat. El dany esperat és llavors $10 \times 0,5 + 40 \times 0,1 \times 0,5 = 2,5$. Mentre que la indemnització esperada pel danyador potencial sense assegurança és tan sols $10 \times 0,1 \times 0,5 + 40 \times 0,1 \times 0,5 = 1$. Davant això, l'empresa A mai contractarà voluntàriament una pòlissa d'assegurança de danys per una prima corresponent al dany probable de 2,5 sinó que només es cobrirà enfront el possible accident menys greu i per una prima de 0,5.

- ***Característiques que podria presentar el règim comunitari de responsabilitat ambiental***

1. Caràcter no retroactiu

El LB proposa que el nou règim sigui aplicable exclusivament als danys que es produeixin en el futur i a partir de l'entrada en vigor del nou règim de responsabilitat. Aquesta solució d'irretroactivitat es justifica per raons de "seguretat jurídica" i "confiança legítima" (pàg. 15). Cal afegir a aquestes dues raons la de què no es pugui aconseguir cap eficàcia respecte al passat, sinó que només és possible tractar de reparar *ex post* els danys ja produïts, tasca que s'encomana als Estats membres. Per això últim, a més, un règim de responsabilitat civil resulta administrativament molt costós de gestionar i, atès què aquí seria absolutament inútil per incentivar conductes respectuoses amb el medi ambient, sembla raonable subscriure, amb el LB, la idea que un règim administratiu gestionat localment seria més eficient.

El LB adverteix que la determinació del límit temporal del concepte de danys futurs és molt difícil de realitzar en matèria de danys mediambientals, ja que aquests es poden

Ingberman, "The Search for Deep Pockets: Is «Extended Liability» Expensive Liability?", a *Journal of Law, Economics and Organization* (1997), pàg. 232; i Tracy R. Lewis i David E. M. Sappington, "Using Decoupling and Deep Pockets to Mitigate Judgement-proof Problems ", a *International Review of Law and Economics* (1999), pàg. 275.

ocasionar durant períodes molt llargs i manifestar-se també després d'un període igualment llarg d'estar latents. De la mateixa manera, s'ha de coincidir amb l'afirmació inclosa en el paràgraf final d'aquest apartat del LB conforme al qual, en els casos de danys de producció continuada i que van començar a tenir lloc abans del moment d'entrada en vigor del nou règim, la brusca discontinuïtat que suposa el pas d'un règim d'irresponsabilitat a un altre de responsabilitat per tot el dany causat comportarà que els reclamants potencials tractin de demostrar que tots o gran part dels danys van tenir lloc després de l'entrada en vigor del nou règim. Per la mateixa raó es pot esperar un biaix similar a favor de la comprensió del règim històric en funció del nou (*Hindsight Bias*) per part dels jutges i dels tribunals o de les autoritats encarregades de l'aplicació del dret (per exemple, els tribunals espanyols podrien decidir d'interpretar la normativa històrica en funció de la realitat social del temps en què ha de ser aplicada, d'acord amb l'art. 3.1 CC espanyol).

2. Àmbit d'aplicació

El LB considera dues dimensions per tal de definir l'àmbit d'aplicació del règim proposat: el tipus de danys i les activitats que els provoquen.

a. Danys que ha de cobrir el règim

El LB distingeix entre danys:

- a) Ecològics o al medi ambient, que, al seu torn, es subdivideixen en:
 - aa) Causats a la biodiversitat i
 - ab) Contaminació de llocs.
- b) Tradicionals, entre els quals s'esmenten els danys a la salut i els materials.

La classificació bàsica és molt idiosincràtica: en puritat, els danys consistents en la contaminació de llocs són danys materials ("tradicionals", per tant) i no caldria crear una categoria *ad hoc*, però el LB pretén destacar, com a danys al medi ambient, els causats a certs llocs i els danys a la biodiversitat, ja que entén que el seu tractament històric en els drets dels Estats membres és molt divers (pàg. 15) i, en més d'un cas, simplement no existeix (pàg. 16).

Respecte als danys tradicionals, el LB considera que han de ser objecte de tractament en tant que, atesa la freqüència que un mateix accident provoqui danys ecològics i danys tradicionals, és convenient que tots ells es regeixin per unes mateixes regles: si es permetés que els primers es reguessin per la Directiva i els segons per les diferents legislacions dels Estats membres, "podrían darse resultados injustos, como que se pagaran menos indemnizaciones o ninguna por los daños a la salud" (pàg. 16). Això és cert, però planteja un seriós problema consistent en el greuge comparatiu eventualment resultant del fet que un mateix dany sigui indemnitzat de forma diferent en funció del seu origen o segons la forma de producció. Així, per exemple, els danys a la salut derivats d'un accident ecològic tindrien un tractament diferent dels causats per un accident laboral, mèdic o automobilístic: no és raonable vincular el tipus de règim indemnitzatori a l'origen del dany.

Les dues distincions clàssiques sobre danys en dret de responsabilitat civil són les següents:

- a) Danys corporals o personals (*personal injuries*) i materials (*property damages*).
- b) Danys patrimonials (*pecuniary damages*) i no patrimonials (o morals: *dommages immatériels, pecunia doloris, Schmerzensgeld, Pain & Suffering*).

Avui en dia, la distinció analíticament més útil en dret de danys és la segona, ja que si és tracta d'indemnitzar la seva causació, la distinció essencial ha de ser la que distingeix entre danys avaluables econòmicament i els que no ho són.

Tot i això, el LB no inclou cap consideració específicament dedicada als danys morals, és a dir, aquells que afecten a béns inestimables -no substituïbles per diners-, ja que sembla entendre's que el seu tractament legal correspon a les legislacions dels Estats membres (que, com és conegut, presenten importants divergències al respecte).

La destrucció d'un hàbitat -es tracti de danys causats a la biodiversitat o contaminació de llocs determinats- no només comporta danys patrimonials (avaluables econòmicament), sinó també o, al menys freqüentment, danys estrictament morals (com el sentiment que el deteriorament causat produeix en els consocis), però aquests no són objecte de consideració específica pel LB: no queda clar si la falta de menció específica implica o no l'intent de descartar la seva indemnitzabilitat. Efectivament, hi ha raons per a excloure-la: l'estimació d'aquests danys pot arribar a ser infinitament costosa, les probabilitats de reclamacions frívoles serien elevades i, atesa la falta de precedents, la inseguretat jurídica podria ser també alta. Tot i això, marginalitzar-los de tot càlcul suposa un risc d'infraprevisió.

De manera semblant, els danys a la salut (inclosos a l'epígraf de danys tradicionals) són un cas clar de danys corporals o personals que també comporten una partida de danys morals (dolor i angoixa). En aquest cas, l'exclusió potser es trobaria menys fonamentada i estaria en contradicció amb la declarada voluntat d'uniformitat del LB.

D'acord amb el que acabem de dir, sembla que seria desitjable que el nou règim inclogués un pronunciament exprés sobre la qüestió dels danys morals.

b. Activitats que estaran contemplades

El LB tracta d'acotar les activitats amb incidència ambiental que estarien subjectes al règim que prefigura. El mètode fet servir per identificar-les és el següent (pàgs. 16-17):

- a) Quan es tracti de danys a la salut humana, a la propietat o a llocs precisos, el criteri és el del bagatge comunitari en matèria de regulació d'**activitats perilloses** (es contemplen les activitats regulades en funció dels tipus de legislació comunitària següents: legislació que estableix límits d'emissió o que regula els efectes d'abocar substàncies perilloses a l'aire o al medi ambient; legislació sobre substàncies i preparats perillosos que presenta, entre els seus objectius, la protecció del medi ambient; legislació destinada a prevenir i controlar els riscos d'accidents i contaminació, en especial la Directiva IPPC i la revisada de Seveso II; legislació sobre producció, manipulació, tractament, recuperació, reciclat, reducció, emmagatzematge, transport, pas de fronteres i eliminació de residus perillosos i altres residus;

legislació en matèria de biotecnologia; i legislació sobre transport de substàncies perilloses). S'apunta a la possibilitat que "a medida que avance la iniciativa comunitaria", s'estableixi "una lista en la que figuren todos los textos jurídicos comunitarios pertinentes con los que deberá estar vinculado el régimen de responsabilidad" (pàg. 17). Un sistema de llista, com l'adoptat per la Directiva IPPC o la *Umwelthaftungsgesetz* alemanya, facilitaria la previsió de potencials responsabilitats i, per tant, la seva assegurabilitat, fet que aconsella l'elaboració i adopció de la mateixa. És important destacar, no obstant, els riscos que es derivarien d'una llista que no fos suficientment comprensiva de les activitats efectivament perilloses pel medi ambient. I això, sobretot, tenint en compte la possible subjecció de les no incloses a la llista a una regla de responsabilitat per culpa que, al contrari que la responsabilitat objectiva, no permet aconseguir una completa internalització dels nivells d'activitat, fet que, en el cas d'activitats inherentment perilloses pel medi ambient, resulta particularment important.

- b) Quan es tracti de danys causats a la biodiversitat, en canvi, el criteri està constituït pels **béns danyats**. A l'efecte es citen les Directives 79/409 i 92/43. Així, estaria inclosa **qualsevol activitat potencialment danyosa** per allò que el patrimoni comunitari considera com a biodiversitat.

Aquesta tècnica de delimitació d'activitats subjectes al previst nou règim comunitari no sembla respondre a un altre criteri que el d'assegurar en tot cas una connexió amb la normativa comunitària en vigor, que, per l'altra banda, és notablement heterogènia. A més, cal destacar que els dos criteris produeixen resultats diferents: en el primer cas, el cercle de causants potencials està raonablement ben delimitat i es preveu una major concreció (sistema de llista); en canvi, el cercle de víctimes potencials no està en absolut acotat: el seu radi és infinit. En el segon cas, al contrari, el cercle dels causants potencials no està delimitat, però el de víctimes està molt ben definit. Com que l'eficàcia preventiva del dret de danys depèn de la possibilitat efectiva que les seves regles influeixin realment en la conducta dels causants potencials de danys, sembla raonable esperar que unes mateixes regles gestionades per un nombre finit de funcionaris tinguin un major efecte sobre els membres d'un conjunt reduït d'agents de danys que sobre els pràcticament infinits causants potencials de danys a la biodiversitat.

3. Tipus de responsabilitat, circumstàncies atenuants o eximents (rectius: excepcions oposables) i càrrega de la prova

Aquest apartat del LB comença dient 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.

⁵ El text anglès es refereix a "defences"; l'alemany a "Rechtfertigungsgründe" i el francès a "défenses autorisées". La versió espanyola a "circunstancias atenuantes y eximentes", terminologia reproduïda en primer lloc al títol de l'apartat, que és més pròpia del dret penal que d'una regulació sobre responsabilitat civil. Per això, ha semblat més correcte escriure "excepcions oposables".

⁶ El text en francès també defineix responsabilitat objectiva en funció de problemes de càrrega de la prova: "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 canvi, la

No obstant això, tradicionalment, el concepte de responsabilitat objectiva s'associa amb una responsabilitat per simple causació de dany, sense necessitat que hi concorri, a més, culpa, entesa aquesta com a infracció de deures de precaució. No, per tant, amb cap qüestió relativa a la prova o a qui correspon la càrrega d'introduir-la, com sembla fer la versió espanyola del LB.

Molt més important que aquesta observació és la que resulta del text que a continuació segueix 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 és fosca: efectivament, els sistemes legals haurien de promoure l'adopció de mesures addicionals de descontaminació fins el punt en què el cost marginal d'aquesta s'igualés amb el dany esperat derivat de la contaminació. El LB sembla suposar que la responsabilitat per culpa implica un comportament més prudent i, per tant, més desitjable que la responsabilitat objectiva. Malgrat tot, això no és així, ni tan sols a primera vista: la regla de responsabilitat per culpa i la de responsabilitat objectiva promouen exactament el mateix grau de precaució. Si ambdues regles s'apliquen correctament, aquell grau de precaució és el socialment eficient. Les diferències entre una i altra regla es troben en els nivells d'activitat -en la quantitat de comportament potencialment danyós- però no en els nivells de la precaució amb què l'activitat es porta a terme -en la qualitat del comportament-.

En efecte, en la responsabilitat per culpa, l'agent de danys que ajusta la seva conducta a l'estàndard de diligència exigida per la llei deixa de respondre pels danys que causa -la seva indemnització per danys és zero-. En canvi, en la responsabilitat objectiva, l'agent de danys assumeix tots els danys derivats de la seva activitat, compleixi o no amb l'estàndard de diligència. En el primer cas, l'agent no té cap incentiu per a reduir el seu nivell d'activitat ja suficientment previnguda. En el segon, en canvi, l'agent de danys -que tractarà de maximitzar la diferència entre el benefici propi de la seva activitat i les indemnitzacions pel dany esperat- reduirà el seu nivell d'activitat fins el nivell socialment òptim.

No obstant això, el LB assenyala que la regla de la responsabilitat objectiva, adoptada per diferents sistemes legals dels Estats membres, és superior a la regla de la culpa per dues raons:

- a) El major cost que comporta pel demandant provar la culpa.
- b) Preferència normativa i a priori del principi "Qui contamina paga".

Efectivament, la responsabilitat objectiva presenta avantatges davant la culpa per a les activitats intrínsecament perilloses pel medi ambient, però per raons diferents a les dues que esmenta el LB: com més perillosa és una activitat, més important resulta que

versió en anglès del LB diu, quelcom més correcte: "Strict liability means that fault of the actor need not be established, only the fact that the act (or the omission) caused the damage"; de forma similar, la versió alemanya: "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".

la gent redueixi els seus nivells d'activitat fins els socialment òptims i, com acabem de veure, només la regla de la responsabilitat objectiva aconsegueix aquesta internalització de nivells d'activitat. En canvi, el problema dels majors o menors costos de la prova pel demandant es resolen atribuint la seva càrrega al demandat (vegeu "Càrrega de la prova i responsabilitat objectiva" a InDret 1/2001, <http://www.InDret.com>). I la preferència normativa del principi "Qui contamina paga" ha d'explicitar les raons de la seva adopció.

La propensió dels autors del LB a no explicitar les raons de les seves preferències normatives es torna a manifestar a continuació, quan el seu text proposa aplicar la regla de la responsabilitat per culpa a les activitats realitzades de conformitat amb les mesures d'aplicació de les Directives sobre aus silvestres i sobre hàbitats, que tenen per objecte la protecció de la biodiversitat (Directives 79/409 i 92/43), activitats que es consideren legalment no perilloses: "no entrañarían", diu el LB, "la responsabilidad de la persona que las lleve a cabo salvo cuando exista culpa por su parte".

No queda clar què s'ha d'entendre per culpa en aquest cas. No sembla que les obligacions i prohibicions previstes a les Directives esmentades es puguin utilitzar com a elements centrals de l'estàndard de la diligència exigible, i només marginalment com a una *Negligence per se* derivada de la infracció del que es disposa a les mateixes (els comportaments prohibits són essencialment intencionals). No és ni molt menys evident que la Directiva o els Tribunals dels Estats membres que estan cridats a aplicar la legislació que la implementi, seran capaços de fixar un nivell òptim de precaució per a cadascuna de les activitats que poden tenir un impacte negatiu en les àrees que les Directives 79/409 i 92/43 pretenen protegir. A més, es dóna per descomptat que els danys esperats quan s'observa aquest estàndard, encara que estigui determinat òptimament, serien zero o molt reduïts. En absència de culpa, els danys que es poguessin arribar a produir, i que no hauria d'indemnitzar el causant, segueix dient el LB, seran assumits per l'Estat⁷: no hi ha cap internalització de nivells d'activitat i l'agent potencial de danys podrà desplegar tota l'activitat que desitgi sempre que s'ajusti al nivell de diligència exigible. Obligar a l'Estat a pagar no té cap efecte incentivador sobre la conducta d'aquell.

Excepcions oposables

El LB afirma que s'hauran d'admetre les excepcions habitualment acceptades, com la força major, negligència contributiva, consentiment del demandant o intervenció d'un tercer. La referència al consentiment del demandant respon a una extensió, per inèrcia, de les regles generals sobre responsabilitat civil a les de responsabilitat per danys al medi ambient: en aquest últim context, no es pot dir, per regla general, que el demandant tingui cap dret de disposició sobre els béns jurídics afectats, tant *ex ante* com *ex post*. Potser es tracta de decidir que el titular de l'acció de descontaminació serà normalment l'Estat i que aquest haurà de conservar el seu poder de disposició sobre l'objecte de dret. Però si això és així, el text s'hauria de pronunciar més clarament.

El LB es refereix a continuació a l'excepció dels riscos de desenvolupament, però no es pronuncia sobre la conveniència de la seva admissibilitat o refús (excepte quan assenyala que el seu règim haurà de tenir en compte l'assegurabilitat del risc i la incidència que el règim finalment adoptat pugui implicar per a les PIMES (SME)). Al

⁷ Així com els produïts per causant desconegut.

respecte, sembla recomanable una consideració conjunta del règim aplicable en matèria de responsabilitat mediambiental i de responsabilitat per producte defectuós [Directiva 374/85/CEE del Consell, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives del Estats membres en matèria de responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos (D O L 210, pàg. 29)], amb l'objecte de tractar d'unificar o, al menys, incrementar el grau d'harmonització dels diferents drets nacionals sobre ambdues matèries.

En efecte, en primer lloc, les regles dels arts. 7 e) i 15.1 b) de la Directiva 374/85 van ser el resultat d'un compromís entre diferents punts de vista per part dels Estats membres i les lleis nacionals de transposició de la Directiva van acollir o refusar l'excepció de forma diferent.

En segon lloc, la Directiva està en procés de possible revisió. Sembla raonable esperar a les reaccions de la Comissió al Llibre Verd sobre la responsabilitat per productes defectuosos, que abans de finalitzar l'any publicarà un informe que podrà anar acompanyat d'una proposta de modificació de la Directiva 85/374.

Per últim, el propi LB, en el seu apartat 4.5.4, adverteix sobre la possible superposició entre les regles de la responsabilitat de producte i les de responsabilitat mediambiental, sobretot, en matèria de danys tradicionals, i suggereix una regla de prevalença de les regles de responsabilitat de producte per alguns casos molt específics (producte defectuós que no s'ajusta als estàndards mediambientals exigits per la legislació comunitària).

Tingui's en compte, amb tot, que el LB recull l'opinió de "algunes parts interessades", segons la qual el compliment dels estàndards legals comunitaris s'hauria de considerar com una circumstància moderadora de la responsabilitat (pàg. 19), però aquesta tesi pressuposa que els estàndards legals coincideixen en tot cas amb els estàndards científics i tecnològics, un supòsit la base empírica del qual és, com a mínim, discutible.

Càrrega de la prova

Segons el LB, en litigis ambientals, "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" (pàg. 19). L'afirmació no és molt compromesa, tret que s'entengui en el sentit que la càrrega de producció de la prova ha de ser atribuïda a aquella de les dues parts que, ateses les circumstàncies del cas, pugui aportar a menor cost evidència suficient per convèncer el jutge de l'existència d'una relació de causalitat entre la conducta del demandat i el dany. Amb tot, s'ha de destacar que el LB es refereix tant a la prova positiva com a la prova negativa (absència de relació de causalitat): en aquest últim aspecte, el LB hauria d'haver estat més precís, seguint, així, alguna legislació nacional (paràgraf 6 de la *Umwelthaftungsgesetz* alemanya), ja que pel demandat n'hi haurà prou amb provar l'existència d'una font alternativa de dany, en tant que la seva conducta no superava els límits quantitius establerts, etc. És a dir, es tracta de limitar l'exigència de la prova negativa (*probatio diabolica*).

Efectivament, la diferència de cost és un dels factors que s'ha de considerar per assignar a una de les parts la càrrega de la prova, però no és l'únic factor, ni tan sols el determinant per realitzar aquesta assignació. Les probabilitats *ex ante* que es doni o no la relació de causalitat són igualment decisives per atribuir la càrrega en qüestió a

demandant o demandat (vegeu "Càrrega de la prova i responsabilitat objectiva" a InDret 1/2001, <http://www.InDret.com>).

Cal ressaltar que el LB no precisa les diferències entre prova de la culpa (infracció d'un deure de precaució), prova de la imputació objectiva (*Proximate Causation, objektive Zurechnung*) i prova de la causalitat de fet (*Causation in Fact, Kausalität*). Les tres presenten similituds estructurals, però resulta pertorbador tractar-les com si fossin idèntiques.

Aplicació del principi d'equitat

Un dels *Leitmotiven* del LB és el principi "Qui contamina, paga". No obstant això i en aparent contradicció amb ell, es llegeix en aquest apartat que, per raons d'equitat, "puede resultar injusto que el contaminador tenga que abonar la compensación total de los daños que haya causado" (pàg. 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 sembla raonable introduir la distinció següent:

- a) Si del que es tracta és de considerar que l'agent regulador és corresponsable del dany causat, no hi ha cap objecció: hauria de respondre com qualsevol altre cocausant del dany. Però aquesta solució pressuposa que els tribunals o l'autoritat competent estan en condicions de determinar quin era l'estàndard socialment òptim en tot cas.
- b) Però si del que es tracta és d'excepcionar l'aplicació del principi "Qui contamina, paga" a càrrec del contribuent i al marge de tota contribució causalment rellevant de l'agent regulador, no sembla que la solució suggerida sigui la més raonable. Pel cas que prosperés aquesta solució els regulats tindran un incentiu addicional per capturar l'agent regulador: no només podrien obtenir una regulació més confortable d'acord amb els seus interessos, sinó que, a més, aconseguirien traslladar sobre el contribuent una part de la compensació esperada.

4. A qui s'ha de responsabilitzar?

El LB suggereix tres regles sobre imputació subjectiva de responsabilitat mediambiental:

- a) **Responsabilitat de l'operador**, és a dir, de la persona o persones que exerceixin el control de l'activitat inclosa en l'àmbit del règim que hagi ocasionat els danys (versió anglesa: "the activity by which the damage is caused"). Observi's que es pressuposa exclòs l'agent regulador que controla (autoritza, inspecciona, etc.) l'exercici de l'activitat de què es tracti i, així mateix, que a l'apartat 4.3 anterior el LB apuntava a una regla diferent: corresponsabilitat de l'agent regulador o contribució pública a la reparació del dany.

- b) **Exoneració dels administradors socials i dels empleats de la societat titular de l'activitat.** (Versió anglesa: "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 proposada desplaça a les pròpies societats la tasca d'establir el mecanisme d'incentius interns que comportin una gestió que redueixi òptimament el risc de l'empresa d'haver d'afrontar responsabilitats civils per danys mediambientals i no perjudica les indeclinables responsabilitats penals que els interessats puguin haver de suportar.
- c) **Exoneració de les entitats de crèdit que no tinguin control operatiu de l'activitat.** Aquest criteri sembla raonable, en tant que la perícia específica d'una entitat financera es limita a l'àmbit creditici i no té avantatges comparatius per avaluar la perillositat de l'activitat pròpia de l'empresa finançada. No obstant això, si els costos d'encarregar una auditoria mediambiental prèvia a la concessió del crèdit són inferiors a la reducció del dany mediambiental esperat es podria defensar una regla diferent: responsabilitzar al prestador li dona incentius per a encarregar o exigir l'auditoria prèvia. La qüestió requereix una anàlisi empírica. En tot cas, convindria definir amb major precisió el concepte de "control operatiu": majoria accionarial?, majoria de control?, presència en els òrgans de gestió?

5. Criteris pels diferents tipus de danys

El LB es planteja en aquest apartat quatre tasques:

- a) Elaborar criteris de responsabilitat per danys a la biodiversitat, fins ara inexistents.
- b) Harmonitzar els diferents criteris ja existents en els règims nacionals de responsabilitat per llocs contaminats.
- c) Fer el mateix en relació amb les regles sobre danys tradicionals.
- d) Establir normes de concurs pels casos de superposició entre la regulació comunitària sobre responsabilitat mediambiental i la vigent en matèria de responsabilitat per productes defectuosos.

a. Danys a la biodiversitat

El LB apunta genèricament a alguns elements a partir del concepte de **danys significatius**:

En primer lloc, els danys coberts estarien catalogats per un sistema de llista. Si és així, convé especificar si la llista es pot ampliar per analogia o aquest no és el cas.

En segon terme, proposa un sistema de franquícies per sota del qual no entraria en funcionament el sistema comunitari. Tractant-se de danys concentrats des del punt de vista de la seva localització, el criteri sembla raonable, però en tot cas s'haurà

d'especificar si els sistemes nacionals podran actuar a l'interior de la franquícia o si la regla és d'exoneració absoluta. Sembla ser que, per aplicació del principi de subsidiarietat, hauria de prevaler el primer criteri.

En tercer lloc, el LB afavoreix un sistema de reparació *in natura* delimitat amb criteris estàndard d'anàlisi cost/benefici. Es preveu un sistema de reparació per equivalent quan l'anterior és excessivament costosa per raons tècniques o econòmiques, però garantint sempre un nivell mínim de restauració que porti els recurs danyats a una situació comparable a l'anterior al dany. La regla de la restauració mínima és congruent amb una política de tutela mediambiental de llocs ben definits, però el LB s'hauria de definir sobre la distinció entre equivalent geogràfic i equivalent ecològic: la reparació *in natura et in loco* factible pot resultar molt costosa i ser realment mínima, però també pot succeir que la mateixa inversió pugui ser ecològicament més rendible en un lloc protegit diferent, potser veí o pròxim al danyat irreparablement o quasi bé.

En quart lloc, el LB pressuposa que les zones protegides d'acord amb les Directives sobre aus silvestres i hàbitats, que representen un 10% de l'actual territori de la Unió, ja estan subjectes a una regulació que exclou la instal·lació d'empreses que portin a terme activitats inherentment perilloses pel medi ambient i, per tant, "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". A més, pressuposa que els danys que puguin arribar a causar seran "excepcionals". Potser és una previsió una mica optimista si tenim presents successos recents com l'accident d'Aznalcóllar (<http://www.greenpeace.es>, <http://www.cma.junta-andalucia.es/>).

b. Llocs contaminats

El LB utilitza en aquest apartat dues categories:

- a) **Temporal**, que distingeix entre **contaminació ja produïda i risc de contaminació futura**. D'acord amb un principi general d'irretroactivitat, es proposa que la primera resti sotmesa al règim nacional corresponent de contaminació de llocs determinats; la segona, en canvi, restaria subjecta al règim comunitari preconitzat pel propi LB. Ens podem remetre aquí a l'apartat 1 sobre el caràcter no retroactiu del règim comunitari proposat.
- b) **Final**, que distingeix segons la funció prevista per al remei proposat: **simple descontaminació, neteja o sanejament del lloc contaminat; o plena restauració del lloc contaminat**.

b.1) Respecte de la decisió sobre la descontaminació, el LB proposa tenir exclusivament en compte els danys significatius. Tot i això i malgrat l'afirmació del LB, conforme a la qual, aquests danys es determinen "com en el caso de la biodiversitat" (*supra* 5.a.), en aquesta ocasió fa referència a un criteri qualitatiu: "¿Constituye la contaminación una amenaza seria para el hombre y el medio ambiente?". El LB hauria d'haver precisat, al menys, si el llindar mínim de danys és el mateix en matèria de danys a la biodiversitat (4.5.1) i neteja de llocs contaminats (4.5.2).

Els objectius de la descontaminació o neteja han de ser l'obtenció de nivells de qualitat del sòl i de l'aigua adequats als seus usos actuals i als seus probables usos futurs, diu el LB. Els nivells de qualitat perseguits han de resultar acceptables, segons les millors tècniques disponibles i sempre que siguin econòmicament viables. Implícitament, es torna a reprendre el criteri cost-benefici, l'aplicació del qual preconitza l'apartat 4.5.1. pels danys a la biodiversitat. Subsidiàriament, el LB proposa el "confinament" ("containment") o aïllament total o parcial del lloc contaminat. No es concreta si aquest seria l'únic o l'últim remei subsidiari: s'ha d'entendre que, fins i tot en el cas del dany irreparable i consegüent confinament del lloc contaminat, és d'aplicació la mesura prevista a l'apartat 4.6. de restauració o millora d'altres recursos naturals similars.

c. Danys tradicionals

A 4.2.1. el LB caracteritza els danys tradicionals com a danys personals i materials. En aquest apartat (4.5.3.) i de manera un tant sorprenent, el concepte, es diu, podria abastar també les pèrdues econòmiques ("*pure economic loss*"). Però en tot cas, el LB parteix de la idea que el supòsit de dany tradicional és el definit per cada sistema jurídic nacional, però la conseqüència jurídica ho serà pel sistema comunitari, llevat d'una excepció (disposicions especials d'accés a la justícia, apartat 4.7: s'exclou la legitimació activa dels grups d'interès) o una exclusió que resultaria igualment de la pròpia natura dels danys tradicionals (criteris específics per a la restauració o avaluació dels danys al medi ambient: 4.5.1 i 4.5.2.). Tingui's en compte que la igualació de règim jurídic pot ser, a la pràctica, més aparent que real: si, per exemple i davant un mateix esdeveniment danyós, un Estat membre inclou però un altre exclou les pèrdues econòmiques del supòsit de fet que defineix el dany indemnitzable, és obvi que la quantia de la indemnització serà diferent en un cas o en l'altre (vegi's l'indicat a **2.a.**).

d. Relació amb la Directiva sobre responsabilitat pels productes defectuosos

Vegi's el que s'ha indicat a **4.c.**

6. Descontaminació i restauració efectives del medi ambient

El LB recalca en aquest apartat la prevalença del principi de **reparació in natura**, amb l'única excepció de la seva **inviabilitat** o extrema inconveniència (tècnica o econòmica), cas en què s'haurà de procedir a la **inversió de la indemnització en projectes** de restauració o de millora del medi ambient substancialment **similars**. En sentit estricte, l'aplicació de l'anàlisi cost-benefici suposa que l'elecció d'una o altra solució depèn únicament de què els beneficis d'una reparació *in natura* siguin o no superiors als seus costos: el LB hauria d'haver precisat si aquest és el criteri proposat (com sembla desprendre's de la lectura conjunta dels apartats 4.5.1. y 4.6.).

A més, ha de recordar-se que el principi general en dret de danys és que qui sofreix el dany destina la indemnització a les finalitats que jutja més convenientes i, en segon lloc, que la teoria de la despesa pública desaconsella llegendàriament la predeterminació estranya a la corresponent Llei de Pressupost dels ingressos públics (*earmarked taxes*).

7. Accés a la justícia

Els danys al medi ambient constitueixen un exemple clar d'insuficiència d'incentius per litigar i, per tant, per assegurar que el causant pagarà la indemnització: són danys típicament difusos, es causen a béns que no són propietat privada de ningú (o en ocasions, ni tan sols pública: aus migratòries) i, per últim, qualsevol ciutadà racional preferiria descarregar sobre el veí el costós honor d'iniciar el procediment judicial o, fins i tot, de denunciar els fets (un cas de llibre de *free riding*).

Per això, com assenyala el LB, qui primer ha d'assumir la càrrega en qüestió és l'Estat. Però, afegeix, el limitat dels recursos públics suggereix la conveniència d'ampliar l'àmbit de la legitimació activa a grups d'interès que satisfacin determinats criteris qualitius objectius. La proposta, continua, està en sintonia amb la Comunicació de la Comissió 96(500) sobre l'aplicació del dret ambiental comunitari i la Convenció d'Aarhus (Dinamarca)⁸.

A les raons apuntades pel LB se n'ha d'afegir alguna altra que reforça la proposta d'ampliar la legitimació activa dels grups d'interès: no és insòlit que el dany o l'amenaça de causar-lo vingui d'una entitat o organisme públic o que a l'agent regulador que, per ex., autoritza la realització de l'activitat privada potencialment danyosa li manqui interès en accionar.

Tanmateix, la possible participació dels grups d'interès en les demandes relatives a danys mediambientals no és garantia suficient de la completa superació dels problemes d'insuficiència d'incentius per litigar: possible participació no és participació efectiva (la mancança de recursos no es limita als agents públics) i, per últim, els grups d'interès poden actuar en el seu propi i no necessàriament en el de maximitzar el benestar social.

⁸ Convenció sobre l'accés a la informació, la participació del públic en la presa de decisions i l'accés a la justícia en assumptes ambientals, adoptada per la Conferència Ministerial "Medio Ambiente para Europa" celebrada a Aarhus, Dinamarca, el 25 de juny de 1998:

Article 9. Accés a la justícia.

"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".

a. Responsabilitat a dos nivells: l'Estat ha de ser responsable en primer lloc

En els casos ordinaris, diu el LB, el principi general és el de la prevalença de la intervenció dels organismes públics dels Estats membres en la prevenció i reparació dels danys mediambientals (**responsabilitat de primera instància**, *first tier*). Subsidiàriament, això és, en cas de manca d'actuació adequada de l'Estat, els grups d'interès hauran de poder demandar la revisió de decisions administratives, recórrer decisions judicials o accionar directament contra el contaminador (**responsabilitat en segona instància**, *second tier*).

Observi's que el LB no inclou cap esbós d'un criteri que permeti distingir els casos ordinaris d'aquells que, tot seguit, es qualifiquen com a urgents ni, en el primer cas, quines conductes de les autoritats públiques són suficients per a desencadenar el mecanisme de legitimació subsidiària proposat. Tal com s'expressa el LB, sembla resultar que seria el propi Jutge o Tribunal qui determinaria si concorren els pressupòsits de la legitimació activa subsidiària. L'anterior sembla introduir alguna complicació innecessària i no contribueix a la seguretat jurídica.

Tampoc precisa suficientment el LB quin seria l'import indemnitzatori que podrien sol·licitar els grups d'interès, atès que la comprensió del que seria per a ells dany indemnitzable no resulta sempre evident i, a més, es plantegen problemes relatius al control del destí efectiu de les indemnitzacions. És cert que l'apartat 4.7.2. es refereix a aquesta qüestió, però no la resol completament, a la vegada que menciona únicament les mesures cautelars i les despeses preventives raonables com a integrants del possible *petitum* d'aquests grups d'interès. A més a més, si es delimita adequadament l'àmbit de la indemnització que podran rebre els grups d'interès, de manera que s'evitin o, almenys, es redueixin els riscos de reclamacions injustificades o espúries, no seria ni tan sols necessari donar caràcter estrictament subsidiari a la seva legitimació activa i podria permetre's que tals grups poguessin acudir directament davant els Tribunals.

b. Casos urgents (mesures cautelars i cost de les accions preventives)

En aquests casos, el LB proposa reforçar la legitimació dels grups d'interès, que no solament passa a ser directa, sinó que també comprèn la possibilitat de demanar mesures cautelars i exercir accions negatòries o quasinegatòries. Amb explicable cautela, el LB no es pronuncia sobre la relació que, en cada cas, haurà d'establir-se, entre l'acció purament indemnitzatòria (de responsabilitat civil, *liability rule*) i la negatòria (de caràcter real, *property rule*). Atesa la gran diversitat de casos possibles, la posició del LB sembla raonable: és quasi bé impossible determinar a priori i centralitzadament quan a la pràctica haurà de prevaler la una sobre l'altra (pensi's, per ex., en les diferències que existeixen entre un cas d'emissions realitzades per vehicles automòbils d'un altre d'abocaments provinents d'una costosa instal·lació fabril).

També en aquesta seu, el LB preveu un sistema de compensació de despeses preventives raonables a favor del grup d'interès accionant, un clar incentiu a la seva actuació. L'exigència normativa de raonabilitat de la despesa introdueix implícitament un enjudiciament del comportament de prevenció dels grups d'interès en termes de cost-benefici: només seran reemborsables aquelles despeses preventives que estiguin justificades per la seva eficàcia reductora o mitigadora dels efectes negatius pel medi

ambient. Aquesta exigència hauria de servir, per tant, per excloure una possible actuació capriciosa i ineficient d'un grup d'interès.

c. Garantir un nivell suficient de coneixements i evitar despeses innecessàries

L'ampliació de la legitimació activa que porta a efecte l'apartat 4.7 del LB no beneficia a tots els grups d'interès que operen en el sector de la protecció del medi ambient, sinó que estarà limitada als que acreditin la satisfacció de certs criteris qualitius objectius.

Aquesta restricció, per ella mateixa, sembla justificada: el funcionament de la justícia és costós no sols pels litigants sinó també per la societat en el seu conjunt. A més, les legitimacions col·lectives susciten un risc de reclamacions espúries o frívols superior al de les reclamacions entaulades per qui pot acreditar un perjudici o dret lesionat de caràcter individual. A més a més, en aquest sector, la vulnerabilitat de la reputació de les empreses davant el mer fet de la presentació d'una demanda per conductes lesives pel medi ambient aconsella bones dosis de prudència a l'hora de traçar el cercle de la legitimació activa.

El que no precisa el LB és quin ordenament serà l'encarregat de formular específicament els criteris de selecció dels grups d'interès legitimats. En principi, atès que es pretén una regulació uniforme en aquest terreny de l'accés a la justícia, sembla que hauria de ser el règim comunitari que sortirà del LB l'encarregat de realitzar aquesta tasca. Tanmateix, és imaginable -i el LB no ho exclou- deferir la qüestió als respectius drets nacionals, cosa que pot presentar algun avantatge, però comporta un apreciable risc d'excessiva variabilitat en els nivells d'*enforcement* d'un règim substantiu de responsabilitat per danys mediambientals que seria substancialment uniforme en els diferents Estats membres.

Si és el règim comunitari l'encarregat de dictar els esmentats criteris, és urgent una major precisió quant als mateixos. La referència a "la qualitat" i a "l'objectivitat" no són suficients per fixar amb un mínim de certesa quin seria l'àmbit de la legitimació activa en aquest sector. S'obren aleshores nombrosos interrogants: ¿seria necessari comptar amb una autorització administrativa -europea, nacional, regional?- per poder actuar i accionar enfront els danys al medi ambient? ¿N'hi ha prou amb què l'objecte social sigui el de la protecció al medi ambient, o s'afegirà el requisit de l'antiguitat o l'experiència acreditada? ¿S'exigirà algun tipus de solvència financera per fer front a les eventuais reclamacions derivades d'un exercici frívol o excessivament impulsiu de la legitimació activa en la matèria? Totes aquestes són preguntes que el règim comunitari hauria de considerar i resoldre.

Necessita també de major clarificació l'apel·lació que realitza el LB als mecanismes alternatius de resolució de controvèrsies (*ADR*). És elemental que aquests mecanismes comporten, en principi, avantatges en termes de cost enfront dels mecanismes judicials d'adjudicació. No sembla, tanmateix, que un àmbit, com és el dels danys ambientals, amb un component important de "bé públic" (en sentit econòmic, no jurídic) estigui particularment indicat per a què els mecanismes alternatius de solució de disputes despleguin els seus efectes positius de reducció de costos de l'Administració de Justícia: hi ha el risc que el laude arbitral, la proposta del mediador o l'import de l'acord transaccional no incorporin l'element d'externalitat positiva que suposa que l'agent contaminant es vegi obligat efectivament a pagar la totalitat del dany

mediambiental produït (cosa amb què es força al contaminador a internalitzar el veritable cost social de la seva activitat).

L'anterior no implica una exclusió absoluta dels *ADR* d'aquest sector del Dret, però sí que aconsella prudència en el seu ús. En tot cas, no sembla que el futur règim comunitari de responsabilitat per danys al medi ambient incorpori mesures que forcin *de iure* o *de facto*, als demandants, a utilitzar mecanismes de resolució de controvèrsies d'aquesta classe.

8. Relació amb els convenis internacionals

Vegi's secció 5.a.

9. Garantia financera

En aquesta secció, el LB considera estretament connectats dos problemes que, tanmateix, es troben, conceptual i pràcticament, ben diferenciats.

Un d'ells es refereix als incentius que un sistema de responsabilitat per danys mediambientals genera en les empreses de certa envergadura i que desenvolupen activitats proclius a provocar danys d'aquesta mena, a "externalitzar" les potencials responsabilitats mediambientals cap a empreses més petites i possiblement insolvents si s'esdevé una catàstrofe ambiental. Amb aquestes maniobres, l'eventual efecte preventiu del règim de responsabilitat s'esvaeix o, com a mínim, es deteriora sensiblement. El remei no s'ha de buscar prioritàriament a les regles sobre cobertura financera o assegurances (especialment si aquest no és obligatori), sinó a les regles sobre determinació del responsable: responsabilitat del comitent o mandant i no només del contractista, responsabilitat del productor de residus i no només del gestor d'aquests, responsabilitat de la societat mare i no només de la filial. La possibilitat d'acudir al mercat d'assegurances, enfront al que sembla entendre el LB, no redueix per ella mateixa l'incentiu a eludir responsabilitats: la gran empresa, si això li és possible, preferirà transferir l'eventualitat de pagar una indemnització a una empresa insolvent - que, precisament per això, sap que no haurà de fer front a la totalitat del dany causat i per tant no carregarà pels seus serveis el preu corresponent al seu veritable cost social- estalviant-se així les primes d'assegurança -que, en principi, sí reflecteixen el veritable cost social esperat, més l'*overhead* que suposen les despeses d'administració de la pòlissa- que d'altra manera hauria d'abonar-li a la Companyia asseguradora. Si l'assegurança és obligatòria, no hi cap dubte, desapareix l'oportunitat d'eludir la responsabilitat, però únicament si veritablement la gran empresa és considerada potencial responsable als efectes de la imposició de cobertura financera forçosa. I, encara així, pot ser convenient evitar transferències de responsabilitat a empreses més petites, tant perquè la seva menor solvència afecta negativament als incentius a la precaució, com perquè l'ajustament de les primes d'assegurança als nivells de precaució pot ser més operatiu en relació amb l'empresa més gran.

El problema de l'assegurances de la responsabilitat civil mediambiental és una qüestió diferent. Les empreses que s'enfronten a l'eventualitat de pagar indemnitzacions (potencialment de gran magnitud) pels danys mediambientals que causen és molt probable que s'assegurin, és a dir, que cerquin la translació a un altre dels riscos d'indemnització, a canvi del pagament d'una prima.

L'assegurança de responsabilitat civil dels potencials causants no és, tanmateix, indiferent per als seus incentius a la precaució. L'assegurat que pot afectar amb la seva conducta la probabilitat d'accident té ara, en estar assegurades les seves conseqüències negatives, menys motius per invertir en precaució. Aquest problema de risc moral (*moral hazard*) pot ser pal·liat mitjançant mecanismes de control, *ex ante* o *ex post*, per part de la Companyia d'assegurances, que permetin vincular el nivell de precaució de l'assegurat amb la quantia de les primes, o mitjançant l'ús de franquícies, que deixin fraccions del dany a càrrec de l'assegurat. La viabilitat d'aquests sistemes en el sector de l'assegurança de responsabilitat mediambiental, sembla, en principi, relativament elevada, cosa que permet fins a cert punt deixar a un segon pla els problemes de risc moral.

El que no pot ser obviat, en canvi, és el problema de l'assegurabilitat del dany mediambiental per ell mateix o, almenys, dels més complexos (confronti's l'apartat 5 relatiu als criteris d'avaluació dels diferents tipus de danys) d'apreciar i quantificar. Els dubtes del LB quant a la viabilitat, com a mínim a curt termini, d'un mercat d'assegurances suficientment desenvolupat que pugui fer front a aquestes dificultats, l'indueixen a rebutjar clarament la possibilitat d'imposar als qui desenvolupen una activitat potencialment lesiva pel medi ambient, als efectes del règim comunitari, l'obligació de concertar una assegurança o d'obtenir una altra garantia financera que cobreixi les seves responsabilitats.

Encara que aquesta actitud palesa prudència, la veritat és que el LB no posa de manifest amb prou claredat els costos de la seva opció per la no obligatorietat de l'assegurança. Aquests costos deriven principalment de la insuficiència de recursos de molts potencials causants de danys al medi ambient per fer front a les seves responsabilitats indemnitzatòries (*judgement-proof problem*). L'insolvent té menors incentius a invertir en precaució, vista la seva incapacitat de pagar tot el dany causat, i el seu incentiu a assegurar la seva responsabilitat es veu paral·lelament debilitat (de fet, per sota d'un cert nivell de solvència el potencial causant, encara essent advers al risc, no té interès a comprar assegurança). L'assegurança obligatòria, almenys si és possible lligar raonablement les mesures de precaució amb les primes efectives, contribueix a resoldre aquest problema. En altres paraules, la renúncia a l'assegurança obligatòria es fa en bona mesura a costa de pagar un preu en infraprevisió, a manca de precaucions ambientals per part d'aquelles empreses que no disposen de recursos suficients per fer front al seu dany esperat (i que l'assegurança obligatòria podria, sota certes condicions, corregir).

Potser per això fóra aconsellable no rebutjar l'obligatorietat de l'assegurança en sectors econòmics particularment perillosos pel medi ambient i en els quals la dimensió de les empreses que hi operen permeten anticipar que els efectes del *judgement-proof problem* seran greus i no podran ser evitats adequadament mitjançant mesures de regulació pública *ex ante* (per exemple, llicències o autoritzacions condicionades a controls de solvència, a limitació dels nivells d'activitat o a l'adopció de tecnologies que redueixin a nivells molt baixos els danys ambientals esperats).

- ***Diverses opcions d'actuació comunitària***

El LB es planteja diferents estratègies normatives per a regular la responsabilitat per danys al medi ambient i conclou que la millor solució és l'elaboració en la matèria d'una directiva comunitària de caràcter general.

En primer lloc es presenta la possible adhesió de la Comunitat al *Conveni sobre responsabilitat civil per danys ocasionats al medi ambient per activitats perilloses, adoptat pel Consell d'Europa a Lugano el 1993* (Conveni de Lugano). El LB no considera viable aquesta alternativa sense adoptar un text normatiu comunitari que concreti l'àmbit excessivament vague de danys indemnitzables de l'art. 2.7 del Conveni de Lugano i els criteris mitjançant els quals s'haurà de portar a terme la restauració o la compensació dels danys al medi ambient. Per causa de l'anterior, el LB entén que el Conveni de Lugano seria insuficient per garantir una homogeneïtat mínima en el règim de responsabilitat per danys mediambientals i conclou així que l'adhesió al Conveni per ella mateixa no resoldria els problemes que hagués d'afrontar una eventual actuació comunitària.

Una altra alternativa és la de limitar el règim comunitari de responsabilitat als danys transfronterers. Aquesta solució presenta importants inconvenients que la fan desaconsellable: no es cobriria la llacuna que hi ha a les legislacions nacionals en matèria de danys a la biodiversitat, es restringiria l'actuació comunitària a un tipus de danys que no és quantitativament rellevant i, finalment, podria ocasionar diferències injustificades de tracte entre agents danyosos idèntics per raó del lloc de producció del dany, que es convertiria en el criteri decisiu per a determinar el règim jurídic aplicable.

Una tercera consisteix en l'adopció d'un text normatiu no vinculant, és a dir, d'una recomanació. No sembla aquesta una solució encomiable: encara que podria suposar uns menors costos pels operadors econòmics en termes de certesa, hi hauria una llacuna en matèria de danys transfronterers i seria menys protectora pel medi ambient. És a dir, com que la protecció del medi ambient europeu té efectes positius per a tots els Estats de la UE, l'incentiu individual de cada Estat per establir una normativa per a les seves empreses més rigurosa en termes de prevenció serà molt reduït, ja que sempre li serà més beneficiós aprofitar-se de la millora del medi ambient proporcionada per la normativa de l'Estat veí.

Finalment -i de forma encertada- el LB considera com a opció més desitjable, i que millor garanteix la seguretat jurídica, l'adopció d'una directiva comunitària que contempli la responsabilitat per danys al medi ambient. Aquesta eventual directiva permetria una delimitació més precisa de l'àmbit d'actuació comunitària, una millor regulació dels danys a la biodiversitat en relació amb la regulació comunitària existent en la matèria, i una major garantia en l'obtenció de resultats efectius de restauració del medi ambient. Tot i així, és important assenyalar que aquesta futura directiva hauria de ser més concreta i precisa del que sembla augurar el LB, en relació, entre d'altres, amb els tipus de danys inclosos, el règim de responsabilitat aplicable i els legitimats activament per exercitar l'acció.

El LB es planteja els avantatges o inconvenients que la futura directiva sigui el resultat de la suma de regulacions en sectors específics (com la biotecnologia) o sigui, en canvi, una regulació horitzontal a totes les activitats potencialment perjudicials pel medi

ambient. Aquest segon enfocament és el que ens sembla més desitjable perquè permet evitar greuges comparatius entre sectors diferents però de perillositat similar.

- **Subsidiarietat i proporcionalitat**

Assenyala el LB que els principis de protecció del medi ambient i de la salut de les persones establerts per l'art. 174.1 del Tractat CE no han assolit un grau òptim d'aplicació als Estats membres per tres ordres de raons:

- a) **Llacunes de protecció** en els diferents règims legals nacionals, particularment en matèria de danys a la biodiversitat.
- b) **Caràcter transfronterer** d'una part important **dels danys** en qüestió.
- c) **Heterogenä tat dels mecanismes legals, judicials i administratius en matèria de responsabilitat ambiental**: alguns Estats membres utilitzen prioritàriament tècniques de dret públic, mentre que d'altres recorren a instruments propis del dret privat, encara que tots els combinen en proporcions diferents.

Davant d'això, l'opció preferible pel LB és l'**enfocament gradual basat en una directiva**. Aquesta fixaria els elements bàsics del règim de responsabilitat, però deixaria un marge ampli de llibertat als Estats membres, sempre -conclou- sota el control *ex post* de la pròpia Comissió i del TJCE.

Encara que és compartible la doble opció del LB, potser hauria estat oportú justificar ulteriorment la seva compatibilitat amb els principis de subsidiarietat i proporcionalitat.

- **Impacte econòmic global del règim comunitari de responsabilitat ambiental**

La prudència manifestada en aquest apartat pel LB, que reconeix expresament que a la Comissió li manca informació empírica suficient per formular un judici global sobre l'impacte econòmic global del nou règim suggereix clarament que, abans d'iniciar els treballs d'elaboració del projecte de directiva, han de realitzar-se els estudis empírics en qüestió. A aquests efectes, el LB assenyala que han d'avaluar-se:

- a) La utilitat de l'experiència nord-americana, en particular, la relacionada amb la **CERCLA (Superfund Legislation)**.
- b) L'impacte de la nova legislació en els diferents sectors, d'entre els quals es destaquen les **PIMES (PME, SME, Mittelstand)**, el creditici i d'assegurances i sobre el nivell general d'ocupació.
- c) Els **costos d'elaboració i aplicació de la Directiva** (costos de transacció, en particular, els més directament relacionats amb la litigiositat generada per la nova legislació).

Encara que és elogiada l'obertura del LB a l'anàlisi d'experiències extraeuropees ja molt contrastades, potser la impressió recollida és excessivament optimista: d'acord amb estudis empírics en la matèria [Lloyd S. Dixon, "The Transaction Costs Generated by Superfund's Liability Approach", a Revesz y Stewart, *Analyzing Superfund*, Washington (1995)], els costos de transacció -no destinats directament a la neteja dels llocs contaminats- consumiren el 36% de les despeses totals del sector privat en el sistema *Superfund* i, en el cas de les Companyies d'assegurances, aquesta proporció va arribar al 88% de les seves despeses.

Malgrat això, és argumentable que els elevats costos de transacció del sistema *Superfund* són imputables en bona mesura a factors intrínsecs al sistema jurídic i al mercat de serveis jurídics als USA, i no tant a un esquema de fons de compensació de catàstrofes mediambientals amb accions de regrés dirigides a exigir responsabilitats indemnitzatòries als causants del dany que siguin identificables. De fet, el LB potser hauria de prendre en consideració més explícitament l'opció dels fons de compensació o d'identificació conjunta, sufragats amb impostos sobre els sectors que més directament poden afectar al medi ambient. L'eficàcia preventiva de sistemes d'aquesta classe restaria garantida mitjançant la corresponent previsió de reclamacions de responsabilitat enfront els agents causants dels danys al medi ambient. El seu efecte positiu per a l'efectiva restauració del medi ambient danyat queda, no cal dir, fora de tot dubte.

La referència a les PIMES suscita alguna perplexitat: d'una banda s'apunta que aquests agents econòmics "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 referència al *judgement-proof problem*: quan a un potencial contaminant li manquen recursos suficients per fer front al màxim dany que pugui derivar-se de la seva actuació, els incentius a la prevenció es redueixen-, però a continuació s'afegeix 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", és a dir, mitjançant subsidis públics, nacionals o comunitaris. Sembla clar que els sectors més contaminants hauran d'ésser aquells que pateixen més l'impacte del nou règim, però d'això no s'obté sense més el judici positiu sobre la conveniència de subvencions públiques. El confessat objectiu de prevenció determina precisament que qui més contamina més pagui. Així, a aquesta redistribució de recursos a favor de les PYMES li manca justificació explícita al LB, i molt més encara quan el mateix reconeix que els efectes nets de l'aplicació del nou règim sobre l'ocupació poden ser positius.

Quant a l'impacte sobre el sector creditici, a banda d'una contrastació empírica més precisa, no sembla que hagi de ser important, ja que la *lender liability* no seria incorporada al nou règim de responsabilitat.

Més complexa és la qüestió en relació amb el sector assegurador. En haver renunciat explícitament el LB a imposar un assegurament obligatori de les responsabilitats derivades del nou règim comunitari que es postula, sembla quasi axiomàtic concloure que el sector assegurador no pot resultar sino beneficiat: les noves -i creixentes- responsabilitats generaran un increment de la demanda d'assegurança de responsabilitat civil però, al seu torn, les Asseguradores solament acceptaran aquelles pòlisses que, com a mitja, pugui esperar-se que no provoquin un desequilibri negatiu

en els seus resultats, això és, podran rebutjar els "mals riscos" o introduir a les pòlisses aquelles clàusules que permeten circumscriure òptimament els riscos coberts.

Tanmateix, aquest efecte favorable per a les Companyies asseguradores requereix un patró de certesa i previsibilitat en la interpretació que els Tribunals nacionals i, eventualment, el TJCE, realitzin de les normes del règim comunitari de responsabilitat ambiental i de les normes que regeixen el contracte d'assegurança entre l'Asseguradora i l'assegurat. Si, per exemple, els Tribunals eleven el dany indemnitzable per damunt dels nivells previstos per les Companyies per fixar les primes, o declaren la invalidesa de clàusules contractuals de delimitació de la cobertura (a aquests efectes, no està de més recordar l'experiència espanyola -i d'altres Estats- amb les clàusules *claims made*: el Tribunal Suprem les va considerar incompatibles amb una visió essencialista de l'assegurança de responsabilitat civil i, per tant, invàlides, i va haver d'actuar el legislador per restaurar el seu ús per part de les Companyies), les Asseguradores poden resultar enormement perjudicades. Encara que l'assegurança sigui voluntària, el règim comunitari de responsabilitat per danys mediambientals no pot prescindir d'el que succeeix en el mercat d'assegurances, sinó que ha de tractar d'oferir un marc el més previsible que sigui possible, a fi que les Companyies puguin absorbir sense detriment els riscos d'indemnitzacions ambientals.

La preocupació del LB per l'impacte econòmic de la futura regulació comunitària comprèn igualment els costos de transacció del sistema. L'actitud relativament optimista del LB es recolza en dos tipus d'evidències: l'experiència nord-americana, que no sembla haver suposat un increment respecte del (molt elevat) nivell de costos de transacció que genera el sistema de responsabilitat civil als USA; la pròpia experiència comunitària en relació amb el fins ara més important sector de danys sotmès a una regulació europea, el de la responsabilitat per productes defectuosos, en el qual els estudis empírics realitzats no assenyalen un increment de la litigiositat com a conseqüència de la introducció del règim europeu de responsabilitat.

Potser no siguin aquestes les comparacions més apropiades. Els estudis empírics que sens dubte s'han d'emprendre abans de procedir a l'elaboració de la normativa comunitària haurien de tractar de comprovar quins són els costos de transacció esperables del règim europeu de responsabilitat mediambiental, en relació amb els esperables sota altres sistemes alternatius de prevenir els danys mediambientals a Europa.

• **Conclusions**

1. En alguns dels seus apartats, el LB sembla tendir a identificar el dany causat al medi ambient amb el cost de la seva restauració. L'anterior, des d'un punt de vista estrictament analític, seria incorrecte tant en dret com en economia: la restauració *in natura* d'un bosc d'alzines centenàries es quasi infinitament costosa a qualsevol termini que no sigui de segles, però, tanmateix, hi pot haver diversos mètodes raonables d'estimar i compensar el dany causat. Els autors d'aquestes Observacions recomanen desenvolupar l'anàlisi esbossada pel LB en matèria de distinció entre compensació de danys i restauració del medi ambient danyat.

2. El LB també sembla pressuposar que és possible analitzar la incidència que té un règim de responsabilitat civil en els comportaments mediambientalment rellevants amb independència dels efectes que resulten d'altres instruments de protecció del medi ambient, fonamentalment la regulació pública i les sancions administratives i penals. I això és així malgrat que el propi LB reconeix que els règims jurídics dels Estats membres contempen també aquestes mesures. Els autors d'aquestes Observacions resalten que els nivells òptims de prevenció en matèria mediambiental depenen de la utilització conjunta de tots aquests instruments i per això és necessari incorporar l'anàlisi de l'equilibri que resultaria de la interacció entre tots ells. Si la quantificació dels danys és correcta i tots els seus causants són condemnats a pagar-los però a més d'això sofreixen amb una probabilitat també molt elevada les conseqüències negatives d'altres mesures, es produeix un cas clar de sobreprevenció. Per altra banda, la presa en consideració de fons de compensació o de reparació conjunta, complementats amb accions de regrés enfront dels agents danyosos identificables, seria potser aconsellable.
3. El LB sembla partir del principi conforme al qual l'import de la indemnització hauria de destinar-se, pràcticament en tot cas, a la restauració del medi ambient danyat. En els desenvolupaments ulteriors d'aquest anàlisi convindria precisar que, en bastants casos, tal assignació de recursos no serà la més eficient (per exemple, si es pogués reforestar una extensió igual al doble de la danyada, pròxima a aquesta i pel mateix cost).
4. Quant als danys coberts per la futura regulació comunitària és destacable l'absència de tota consideració als danys no patrimonials (danys morals), una matèria, a més, regulada de manera molt distinta per les diverses regulacions nacionals dels Estats membres.
5. Convindria desenvolupar-se ulteriorment l'anàlisi del LB en tot allò relatiu a la pluralitat d'agents de danys i, en particular, haurien de precisar-se criteris en matèria d'apreciació de la relació de causalitat múltiple, atribució de la càrrega de la prova i distribució de la quantia indemnitzatòria que s'ha de pagar entre els responsables. Convé advertir que el règim de la responsabilitat solidària no és l'òptim en tots els casos.
6. La possible exoneració parcial de responsabilitat del contaminador que hauria ajustat el seu comportament històric als estàndards estrictament legals, i la proposta de compensar-la amb una contribució pública, implica posar a càrrec dels contribuents els efectes d'una regulació excessivament laxa i per tant defectuosa. No sembla ésser el mecanisme de repartiment de responsabilitat el millor sistema per incentivar la regulació pública més desitjable.
7. Els criteris del LB consistents en definir, primer, el supòsit de fet de la responsabilitat per danys tradicionals i a llocs precisos substancialment en funció de la perillositat de l'activitat i, després, el dels danys a la biodiversitat en funció de la inclusió del bé danyat en el règim comunitari de protecció actualment vigent, potser no resulten coherents entre ells. Sembla apreciar-se en la solució preconitzada pel LB una excessiva *path dependence* i en el seu lloc els autors d'aquestes Observacions proposen la generalització del primer criteri.

- 8.** Sembla oportú desenvolupar els criteris simplement esbossats pel LB en matèria d'accés a la justícia de grups d'interès, sobretot en relació amb la distinció entre casos urgents, en els quals hi caben mesures cautelars, accions negatòries i altres accions de caràcter real, i els casos ordinaris, no perentoris, en els quals solament és possible acudir a la indemnització *ex post*.
- 9.** Seria aconsellable que la Directiva preconitzada pel LB se n'apartés pel que fa a l'exclusió de l'obligatorietat de l'assegurança de danys mediambientals i establís, en canvi, l'exigència de l'assegurança obligatòria pel desenvolupament de certes activitats especialment perilloses. Paral·lelament, i per facilitar l'assegurabilitat del dany, podria preveure's la introducció de barems.
- 10.** La solució proposada pel LB d'elaborar una Directiva comunitària de caràcter horitzontal i no sectorialitzada és compartida pels autors d'aquestes Observacions, però sembla important recalcar la conveniència que el grau de precisió del règim proposat per la Directiva a les Conclusions anteriors sigui superior al que resulta de la lectura del propi LB.