

DAÑOS PRIVADOS POR CONTAMINACIÓN EN EL TRÁFICO EXTERNO: A PROPÓSITO DEL CASO *AKPAN VS. SHELL* (NIGERIA)

LAURA GARCÍA ÁLVAREZ

*Becaria FPU de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 17.06.2013 / Aceptado: 25.06.2013

Resumen: Algunos autores defienden que existe una tendencia a juzgar a las matrices en los Estados donde están domiciliadas por prácticas dañosas de sus filiales junto con éstas. ¿Es esta tendencia “sostenible” en el seno de la UE si la filial es no domiciliada? ¿Sería conveniente -jurídica, económica y socialmente- que así fuera ante daños medioambientales transnacionales? El estudio del caso *Akpan vs. Shell* suscita estos y otros interrogantes en sede de competencia, determinación de la ley aplicable y reconocimiento de resoluciones que serán analizados, con especial atención al Reglamento Bruselas I cuyas respuestas al caso suponen imprevisibilidad y falta de homogeneidad en el espacio europeo de justicia y en el mercado común.

Palabras clave: responsabilidad extracontractual, daños medioambientales, grupos empresariales, competencia judicial sobre filiales no domiciliadas en la UE, ley aplicable, responsabilidad de la matriz.

Abstract: Some authors have commented on the emergence of an international trend to hold parent companies of multinationals liable in their own country for the harmful practices of foreign subsidiaries. In the context of the *Akpan vs. Shell* case, this paper examines whether this trend is sustainable when subsidiaries are not domiciled in the EU, and whether it is legally, economically and socially advisable when addressing transnational environmental damages. Other concerns regarding jurisdiction, applicable law and judgments recognition are also addressed. In seeking to resolve this dispute it is argued that the Brussels I regulation has brought uncertainty and a lack of uniformity within the European space of justice and the common market.

Palabras clave: non-contractual liability, environmental damages, groups of companies, jurisdiction over subsidiaries not domiciled in the EU, applicable law, parent company liability.

Sumario: I. Introducción: La globalización y el Derecho en el contexto de daños medioambientales causados por corporaciones transnacionales. II. Contexto: el Delta del Níger, la explotación de petróleo y el grupo Shell. III. Recorrido del caso Shell en Los Países Bajos. 1. Inicio del proceso: demanda y partes. 2. Legitimación de una ONG ambientalista: algunas reflexiones. 3. Contestación a la demanda e incidencias procesales. IV. Análisis de la sentencia estimatoria, as. *Ikot Ada Udo* (30/01/2013). 1. Autoridad competente. A) Competencia respecto a la matriz (RDS): Reglamento Bruselas I. B) Competencia respecto a la filial (SPDC): Código de procedimiento civil neerlandés. C) Controversia respecto a la competencia del tribunal neerlandés. D) ¿Competencia sobre ambas sociedades sin necesidad de levantar el velo? Algunas reflexiones. E) ¿Es interesante/conveniente que las matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en países de la UE? Algunos obstáculos y propuestas. 2. Ley aplicable. A) Determinación de la ley aplicable: Reglamento Roma II no aplicable por razón temporal. B) Derecho de Nigeria vs. Derecho neerlandés. a) ¿Podría haberse aplicado la ley de la matriz? b) ¿Qué habría ocurrido bajo la vigencia de Roma II? C) Sentencia bajo el Derecho de Nigeria. a) La causa de los vertidos: sabotaje. Exoneración de la responsabilidad. b) *Tort of negligence*:

i. En el sistema de *Common Law* y el Derecho de Nigeria. ii. ¿Es la matriz responsable? iii. ¿Es la filial responsable? iv. Posible denegación de justicia: solicitud de pruebas. v. Sabotaje: ¿en qué medida justifica la exoneración? c) No se aprecia ilícito frente a *Milieudefensie*. d) No existe responsabilidad por mala respuesta o falta de limpieza. e) *Tort of trespass* y vulneración de los derechos humanos: desestimados. D) Excepción de orden público, derechos humanos y medio ambiente: Nigeria condenada por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental. V. Conclusiones.

I. Introducción: Retos que la globalización plantea al Derecho en el contexto de daños medioambientales causados por corporaciones transnacionales

1. La globalización ha traído consigo una fuerte deslocalización de las empresas y una creciente actividad económica transnacional. Las formas de organización y actividad empresarial avanzan mucho más rápido que su regulación jurídica. La falta de regulación vinculante con estándares de protección y una definición precisa de los regímenes de imputación de responsabilidad en las corporaciones multinacionales¹ coadyuva a que los daños medioambientales transnacionales² ocasionados por actividades de sucursales, establecimientos o filiales pertenecientes a dichos grupos de sociedades sean tratados, desde el punto de vista jurídico, de manera ineficaz, ineficiente y poco garantista en relación a la justicia efectiva y a la protección de un interés colectivo difuso: el medio ambiente. Y estos casos son, por desgracia, cada vez más frecuentes. Entre otros, piénsese en los asuntos *Bohpal*, *Amoco Cádiz*, *Texaco-Chevron*, *Boliden*, *Seveso*...³

2. En este marco se sitúa el caso que nos ocupa en el presente artículo, que actualmente sigue su curso en los Países Bajos. En él, una ONG neerlandesa, *Milieudefensie*⁴, junto con cuatro agricultores nigerianos, demandan a la matriz del grupo Shell y a su filial nigeriana por los daños al medio ambiente –y en consecuencia, a su propiedad y sus medios de vida– causados por unos vertidos de petróleo en la región del Delta del Níger entre los años 2004 y 2007. Las demandas se interpusieron en el año 2008 y, tras numerosas incidencias procesales, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank 's-Gravenhage*), recurrible, se hizo pública el pasado 30 de enero de 2013.

3. Este caso es un ejemplo más de la problemática social, medioambiental, política y jurídica que antes apuntábamos y que nos permite analizar las cuestiones aún sin resolver satisfactoriamente en el ámbito del Derecho, en parte por el incierto *régimen de imputación de responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades multinacionales*⁵, por la escasez de normas de Derecho material uniforme, por la heterogeneidad y el carácter residual de las soluciones nacionales, por la interacción de sistemas jurídicos continentales y de *common law*, por la dificultad probatoria, etc. Este artículo tiene la intención de visibilizar algunos de ellos a la luz de un caso real, actual y relevante, ya que es la primera vez en la Historia que una sociedad neerlandesa es juzgada en tribunales neerlandeses por daños medioambien-

¹ A los efectos de este artículo se tratarán los términos *grupos de sociedades o empresas y corporaciones* como sinónimos, así como sus adjetivos *multinacional o transnacional*. Comprenden a sociedades pertenecientes o controladas por personas o entidades de un país pero que operan más allá de sus fronteras nacionales y también a aquellas pertenecientes a personas o entidades de más de un país. Traducción de la autora de: C. STAATH & B. WRAY, «Corporations and Social Environmental Justice: The Role of Private International Law», *European University Institute LAW Working Paper*; No. 2012/02, 2012, p. 77. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2207317> [Consulta: 10/02/2013].

² Son aquellos en los que concurre un elemento internacional de carácter jurídico o inmaterial (toma de decisiones por parte de la sociedad matriz en un territorio extranjero, procedencia extranjera del capital o de la tecnología que facilita las actividades causantes de los daños, etc.) aunque el acto y el resultado dañoso se localicen en el territorio de un mismo Estado. Vid. M. VINAIXA MIQUEL, *Responsabilidad por contaminación derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, p. 374.

³ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) documenta cuatrimestralmente casos en este ámbito. Para más información: <http://oecdwatch.org/about-us>. [Consulta: 27/02/2013].

⁴ Web de MILIEUDEFENSIE: <http://www.milieudefensie.nl/>. Página en inglés: <http://www.milieudefensie.nl/english>.

⁵ P. DE MIGUEL ASENSIO, «Responsabilidad civil de los grupos multinacionales», *Blog de Pedro de Miguel Asensio*, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/search/label/Derecho%20de%20sociedades> [Consulta: 19/05/2012].

tales causados por una de sus filiales en un tercer Estado no comunitario y, también por vez primera, es ésta última juzgada y condenada en el país de su matriz.

4. La actividad en Nigeria del grupo empresarial Shell, del cual la sociedad angloholandesa *Royal Dutch Shell plc* (en adelante, RDS) es la matriz, ha dado lugar a numerosos litigios en los últimos 50 años, tanto nacionales⁶ como, en menor medida, transnacionales. En la actualidad, tres son los casos fuera de las fronteras nigerianas con relevancia internacional en los que empresas del grupo Shell están o han estado involucradas, en los Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos respectivamente⁷. Su importancia radica no sólo en el valor que como precedentes pueden tener para otros casos de daños medioambientales y violaciones de derechos humanos transnacionales –especialmente, los causados por filiales de empresas domiciliadas en el «Norte»–, sino por cómo afectarán en la interpretación de preceptos legales tan importantes como la *Alien Tort Claims Act* de los EE.UU., o el Reglamento UE 864/2007⁸ (en adelante, Roma II) y el Reglamento UE 44/2001⁹ (en adelante, Bruselas I) en el ámbito de la Unión Europea (UE); también en tanto que permitirán identificar lagunas, problemas y retos para el Derecho en relación a grupos de empresas multinacionales, que son con frecuencia sujetos de ilícitos extracontractuales en el tráfico jurídico internacional.

5. Estos grupos suelen operar en terceros Estados (receptores de las inversiones) donde se verifica el daño, en los cuales los marcos jurídicos y los sistemas judiciales auguran pocas posibilidades de obtener tutela judicial efectiva por la falta de voluntad política –por la necesidad de atraer capital extranjero– o insuficientes recursos jurídicos (falta de legislación, politización o corrupción del sistema judicial, inexistencia de un sistema de asistencia legal gratuita, etc.)¹⁰. Estudiar el desarrollo y el resultado de este tipo de litigios y de otros similares que pretenden obtener reparaciones ante tribunales europeos por daños medioambientales o violaciones de derechos humanos en terceros Estados es esencial para ver si el Derecho internacional privado en la Unión Europea está actualizado a las nuevas realidades que plantea la globalización y si es aquél una oportunidad o, por el contrario, un obstáculo, para la rendición de cuentas de estos grupos empresariales y la obtención de una justicia justa –valga la redundancia–, efectiva y eficiente.

6. Algunos autores¹¹ señalan que existe una tendencia internacional a juzgar la responsabilidad de las matrices de corporaciones transnacionales en su propio país por las prácticas dañosas de sus filiales junto con éstas, y de esta tendencia hace eco la sentencia que analizaremos con posterioridad¹². Sin embargo, a la vista de este caso y de otros igualmente recientes cabe preguntarse: ¿permite el panorama jurídico actual en la Unión Europea hablar de una tendencia sostenible y consistente o se trata más bien de anécdotas dispersas y contingentes?

⁶ Aproximadamente 500 casos relacionados con fugas de petróleo se han presentado ante tribunales nigerianos contra Shell-Nigeria. Fuentes: J. GEORGE FRYNAS, «Legal Change in Africa: Evidence from Oil-Related Litigation in Nigeria», *Journal of African Law*, Vol. 43, No. 2. (1999), pp. 121-150.

⁷ En Los Países Bajos: casos *Oruma, Goi, Ikot Ada Udo vs. Royal Dutch Shell Petroleum et Petroleum Development Company of Nigeria*. En Reino Unido: caso *Bodo vs. SPDC*; En EE.UU.: caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell Petroleum*.

⁸ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *DOUE* L 199/40 de 31 julio 2007.

⁹ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), *DOUE* L 12 de 16 enero 2001. Recientemente modificado por el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento, la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), *DOUE* L-2012-82604, de 12 diciembre 2012. Aunque éste adopta el nombre de Bruselas I bis, nos referiremos a «Bruselas I» en el presente artículo, ya que las modificaciones introducidas no afectan a lo tratado en este artículo.

¹⁰ A. VERCHER, «Bhopal o una reacción judicial insolidaria», *Jueces para la democracia*, núm. 8, 1989, pp.85-89.

¹¹ Entre ellos, vid. L. ENNEKING, «Aansprakelijkheid via «foreign liability claims» (Liability through foreign liability claims)», *Dutch Law Journal (NJB)*, 2010, pp. 400-406.

¹² Judgment of the District Court of The Hague 30th January 2013, C/09/337050/ HA ZA 09-1580, *Friday Alfred Akpan & Milieudéfensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*. Vid. p. 4.5.

7. En el presente artículo nos centraremos pues en el análisis de un caso esperando visibilizar problemas, plantear interrogantes y, con suerte, acaso, apuntar algunas posibles soluciones. Para ello, comenzaremos esbozando el contexto en el que se producen los hechos objeto del litigio y continuaremos analizando los antecedentes de hecho y de Derecho junto con los puntos principales de la sentencia parcialmente estimatoria, haciendo especial énfasis en las clásicas cuestiones del Derecho internacional privado: autoridad competente, ley aplicable y, muy brevemente, reconocimiento de resoluciones.

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

8. Los demandantes de este caso –salvo la ONG neerlandesa– proceden de tres comunidades rurales –Goi, Oruma, Ikot Ada Udo– situadas en el Delta del Níger, al sur de Nigeria. Esta región ocupa una superficie aproximada de 112.000 kilómetros cuadrados, lo que representa el 12% de la superficie total de Nigeria¹³. Es considerada uno de los diez ecosistemas pantanosos y marino-costeros más importantes del mundo¹⁴ y viven en ella unos 31 millones de personas¹⁵. Los enormes depósitos de petróleo allí ubicados han generado ingresos para el gobierno de Nigeria y las empresas petroleras multinacionales que se estiman en unos 600.000 millones de dólares estadounidenses desde la década de 1960, tras la detección de petróleo en 1958 en Oloibiri por la empresa Shell British Petroleum (hoy en día RDS)¹⁶, aunque la presencia de esta sociedad en Nigeria se remonta a 1937, año en el que a la compañía le fue concedida una licencia de explotación.

9. El sector del gas y el petróleo representa el 97% de los ingresos de divisas de Nigeria y constituye el 79,5% de los ingresos del Estado¹⁷. Actualmente la industria petrolera en la que operan el gobierno de Nigeria y empresas multinacionales (Shell, Eni, Agip, Chevron, ExxonMobil, Total, etc.) tiene una presencia visible en el Delta del Níger, con parte importante de su infraestructura cerca de casas, explotaciones agropecuarias y fuentes de agua de las comunidades¹⁸. La prospección y producción de petróleo se lleva a cabo a través de *joint ventures* en las que participa la empresa estatal Corporación Nacional Nigeriana del Petróleo (Nigerian National Petroleum Corporation, NNPC)¹⁹ y una o más empresas petroleras.

10. Shell Nigeria²⁰ es el nombre coloquial de la sociedad Shell Petroleum Development Company (SPDC), Shell es la compañía petrolera y gasística más poderosa en Nigeria, con una producción de más de un millón de barriles diarios, que gestiona unos 6000 kilómetros de oleoductos y tuberías, 87 estaciones de petróleo, 8 plantas de gas natural y más de 1000 pozos de extracción. SPDC es filial 100%

¹³ Vid. TECHNICAL COMMITTEE ON NIGER DELTA, *Report of the Technical Committee on the Niger Delta*, November 2008, p. 110. Disponible en: http://www.mosop.org/Nigeria_Niger_Delta_Technical_Committee_Report_2008.pdf [Consulta: 10/02/2012].

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

¹⁵ *Report of the Technical Committee on the Niger Delta, op.cit.*, p. 103. La cifra se basa en el censo de 2006.

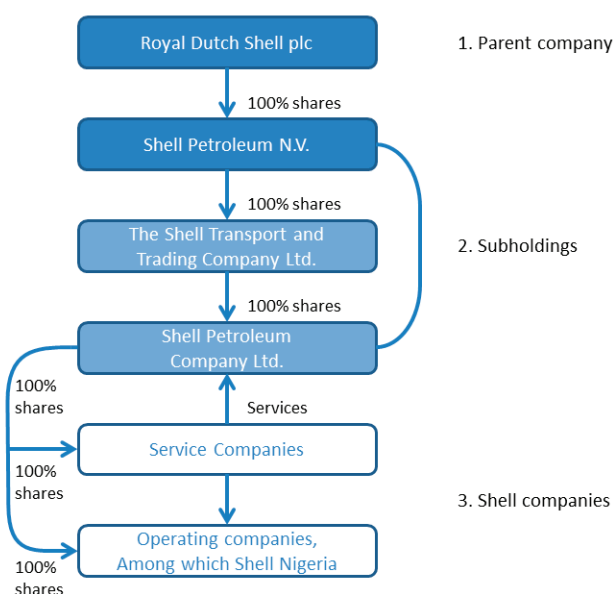
¹⁶ G. WURTHMANN, «Ways of Using the African Oil Boom for Sustainable Development», *Economic Research Working Paper Series of The Development African Bank*, n. 84, March 2006.

¹⁷ *Report of the Technical Committee on the Niger Delta, op. cit.*, p. 102. En el escrito de demanda, los datos (párrafo 12) son referentes sólo al petróleo: «95% of Nigeria export consists of oil and the oil accounts for the 80% of the Nigerian government's income.» (Fuente: SHELL WEBSITE, «The Shell Sustainability Report 2007: Responsible Energy», p. 24. Disponible en: http://reports.shell.com/sustainability-report/2010/servicepages/previous/files/shell_sustainability_report_2007.pdf. [Consulta: 2/2/2013]).

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

¹⁹ NIGERIAN NATIONAL PETROLEUM CORPORATION website, www.nnpcgroup.com [Consulta: 12/02/2013].

²⁰ En la imagen puede verse la estructura del grupo y el lugar de Shell Nigeria (SPDC). Fuente: *Writ of summons*, case *Oruma Engels vs. Shell et al*, p. 8. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013]).



propiedad de RDS y la principal operadora de una joint venture que maneja el 40% de la producción de petróleo del país y en la que participan NNPC con el 55%, SPDC con el 30%, Elf Petroleum Nigeria Limited (filial de Total) con el 10% y Agip con el 5%²¹.

11. Según las estadísticas disponibles, en los últimos treinta años se han vertido más de 400.000 toneladas de petróleo en la tierra y en el agua de esta región. Aproximadamente el 70% no ha sido aún eliminado²². De acuerdo a sus propios datos, en el período de 1997- 2006, Shell Nigeria verificó 250 vertidos anuales de media²³, provocados por el mal mantenimiento de las instalaciones, errores humanos o sabotaje²⁴, si bien respecto de la causa han existido controversias²⁵ y Shell ha tenido que rectificar sus propias estadísticas en varias ocasiones por reclamaciones externas.²⁶ En todo este tiempo, la cantidad acumulada de crudo vertido en la zona supera ya a la marea negra provocada por la plataforma *Deepwater Horizon* de BP en el Golfo de México²⁷.

12. Pese a la riqueza en gas y petróleo, la mayor parte de la población del Delta del Níger, que no es titular de ningún derecho sobre las reservas de gas y petróleo de su territorio²⁸, vive en la pobreza, sin acceso adecuado a agua limpia y a servicios de salud, en medio del «*abandono administrativo, el des-*

²¹ Fuente: www.shell.com. [Consulta: 12/02/2013].

²² UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (PNUD), *Niger Delta Human Development Report*, 2006. Disponible en: http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/africa/nigeria/nigeria_hdr_report.pdf [Consulta: 7/02/2012].

²³ SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT OF NIGERIA, *Annual Reports 1997-2006*. Información en: <http://www.shell.com.ng/environment-society/environment-tpkg/oil-spills/index1.html> [Consulta: 12/2/2012].

²⁴ MILIEUDEFENSIE, *Oil Spills in the Niger Delta in Nigeria*. Disponible en: <http://www.milieudensie.nl/publicaties/factsheets/oilspills-in-the-niger-delta> [Consulta: 1/2/2013].

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

²⁶ C. NWACHUKWU, «Oil spill: Shell modifies data to 70% from 98%», *Vanguard News*, 27th January 2011. <http://www.vanguardngr.com/2011/01/oil-spill-shell-modifies-data-to-70-from-98/>. [Consulta: 11/02/2013].

²⁷ MILIEUDEFENSIE, *FOE-NL treats Shell shareholders to a Nigerian cocktail at the Worse Than Bad- Bar*. Disponible en: <http://www.milieudensie.nl/english/shell/news/foe-nl-treats-shell-shareholders-to-a-nigerian-cocktail-at-the-2018worse-than-bad2019-bar> [Consulta: 2/2/2012].

²⁸ Constitución de la República Federal de Nigeria, 1999, artículo 44 y artículo 1 de la Ley del Petróleo de 1969.

*moronamiento de los servicios y las infraestructuras sociales, una elevada tasa de desempleo, privación social, una enorme pobreza, miseria e inmundicia y un conflicto endémico».*²⁹ Según el Banco Mundial, el porcentaje de la población que vive en la pobreza aumentó de un 28% en 1980 a un 66% en el año 2000³⁰. Esta situación, en el marco de la riqueza de sus recursos, parece ser un caso claro y dramático de la llamada «maldición de los recursos naturales».³¹

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

14. En este contexto se sitúa el caso que analizamos a continuación. Si bien habrá que estar a los hechos concretos que para el caso juzgado se manifiesten y prueben y a las normas vigentes del ordenamiento aplicable a la cuestión, el conocimiento del contexto, de los precedentes y de la situación generalizada en la región puede servir, si no ya para alterar la resolución del caso, sí para poner de manifiesto lo ineficaz e injusto de posibles resultados que, aún siendo fieles a la legalidad, no lo son a la más elemental coherencia o sentido común ni al principio de protección de bienes jurídicos considerados esenciales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del planeta y para la comunidad internacional. La intención es pues alumbrar un escenario en el que la crítica a lo ineficaz o injusto que puedan representar las normas vigentes –o la falta de ellas– sea más directa y, acaso, más acertada y que las posibles propuestas que se planteen puedan responder mejor a la realidad existente y, con ello, sean aplicables, viables y efectivas en mayor grado.

III. Recorrido del caso Shell en los Países Bajos

1. El inicio del proceso: demanda y partes

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

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

²⁹ PNUD, *Niger Delta Human Development Report*, 2006.

³⁰ WORLD BANK, *Implementation of the Management Response to Extractive Industries Review*, December 2006. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/eirmgmtresponse0109.doc.pdf> [Consulta: 2/2/2012].

³¹ Vid. J.E. STIGLITZ, *Cómo hacer que funcione la globalización*, Altea Taurus Alfaguara, 2006, pp. 179-209.

17. Los demandantes hacen responsable a RDS y a SPDC del daño medioambiental y del daño patrimonial e inmaterial que, como consecuencia del primero, han sufrido los cuatro agricultores. A SPDC se le achaca el incumplimiento del deber legal de diligencia que debía observar como operador directo³², ya que ni reemplazó el oleoducto dañado a tiempo, ni tomó medidas adecuadas para detener las fugas ni tampoco, por último, limpió ni en tiempo adecuado ni en extensión, todo el petróleo vertido, a lo cual obliga, con independencia de la causa, la legislación nigeriana³³. Por su parte, se responsabiliza a RSD de abstenerse de revisar si su filial nigeriana estaba cumpliendo adecuadamente los estándares adecuados para la extracción del petróleo, algo que RSD no sólo podía sino que debía hacer. Esta negligencia es causa de que las fugas pudieran ocurrir o, al menos, de que no fueran detenidas a tiempo. El mismo argumento para hechos similares es el planteado en todas las reclamaciones.

18. Se dirigen a ambas sociedades –matriz y filial– porque consideran que existe una clara vinculación entre ambas, alegando la existencia de numerosos mecanismos de control, empezando por el hecho de que el 100% de SPDC es propiedad de RSD³⁴, y ésta tiene también una cuota en los beneficios de la filial, los cuales son depositados íntegramente en Los Países Bajos³⁵. Independientemente de que SPDC sea una sociedad formalmente independiente con cierta autonomía en su gestión, los demandantes señalan que RSD tiene control sobre la política³⁶ de SPDC y sobre su implementación, especialmente en el tema medioambiental³⁷, y por tanto, es responsable por no haber evitado el daño medioambiental incumpliendo la más elemental diligencia debida en la supervisión y gestión³⁸. De hecho –alegan–, la guía de gobierno del grupo empresarial establece que el grupo Shell opera de *facto* como una única compañía integrada en lo que se refiere al medioambiente³⁹.

³² Pese a que la compañía estatal nigeriana NNPC tiene el 55% de participación en la joint venture y SPDC sólo el 30%, estos porcentajes no reflejan, según los demandantes, el poder fáctico real y el control que SPDC ejerce como operador directo. Como tal es responsable, según el Acuerdo de Operación Conjunta que rige la alianza empresarial, del adecuado progreso de extracción, del transporte y del mantenimiento de los oleoductos. Además, en virtud de ese mismo acuerdo, tiene el derecho de contratar subcontratistas y personal, llevando a cabo de manera unilateral todas las operaciones de gestión, formulando presupuestos y planes de actividades que son aprobados por el comité de operaciones de la joint venture. (Fuente: *Writ of summons*, caso *Oruma Engels vs. Shell*, punto 8.2, p. 22 y ss. Disponible en: <http://www.milieudedefensie.nl/publicaties/bezwarenuitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013]).

³³ *Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry in Nigeria (EGASPIN)*, issued by the DEPARTMENT OF PETROLEUM RESOURCES (Lagos, 1991), Revised Edition 2002, p. 152, section 4.1: «An operator shall be responsible for the containment and recovery of any spill discovered within his operational area, whether or not its source is known».

³⁴ SHELL PLC, *Annual Report and Form 20-F for the year ended 31st December 2006: Delivery and Growth*, p. E2. (Documento adjunto a la demanda, disponible en: <http://s06.static-shell.com/content/dam/shell/static/investor/downloads/financial-information/reports/2006/2006-annual-report.pdf>. [Consulta: 20/01/2013].

³⁵ «SPDC's profits (estimated at €1,8 billion annually) are deposited in the Netherlands», en: FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL, «Dutch court ruling against Shell a partial victory», disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2013/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 31/01/2013].

³⁶ En sus alegaciones, los demandantes señalan diferentes instrumentos de política empresarial con los que RSD puede ejercer influencia en los procedimientos de SPDC: i) la política medioambiental está centralizada y gestionada en base a los «Health Safety & Environment Policy», «Global Business Principles» y «General Business Principles». ii) RSD tiene que asegurarse del cumplimiento de los diferentes códigos de conducta suscritos por el grupo empresarial; entre ellos, las directrices de la OCDE, según las cuales las matrices asumen una responsabilidad activa en el apoyo a sus filiales. iii) En calidad de único accionista, RSD influye directamente en la elección de los directores de SPDC. Traducción libre de: Milieudedefensie, «The people of Nigeria vs. Shell: The first session in the legal proceedings», December 2009. Extraído de: www.milieudedefensie.nl/english/shell/the-people-of-nigeria-versus-shell [Consultado el 20/01/2013].

³⁷ Shell cuenta con un conjunto de normas globales –política común– sobre el medio ambiente para todas sus empresas y las *joint ventures* que controla. Vid. <http://s05.static-shell.com/content/dam/shell/static/environment-society/downloads/previous-hse-standards.pdf>. [Consulta: 10/02/2013]. Sobre la política integrada: <http://www.shell.com/global/environment-society/s-development/our-commitments-and-standards/hse-com-policy.html>; http://www.shell.com/home/content/responsible_energy/integrated_approach/our_commitments_and_standards/global_environmental_standards/minimum_environmental_standards.html. [Consulta 10/02/2013].

³⁸ Así se pone de manifiesto en varios fragmentos del documento adjunto a la demanda, Group Governance Guide (GGG), elaborado por Shell plc en el año 2001, en el que queda clara la capacidad de injerencia por parte de la matriz en la actividad de sus filiales. No obstante, el tribunal no consideró las pruebas aportadas de suficiente entidad para considerar que existiera un control fáctico de la matriz, si bien denegó la solicitud de los demandantes de exhibición de documentos internos por parte de Shell que coadyuvarían a tal fin. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

³⁹ Vid. GGG, *op. cit.*, p.8.

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

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

2. Legitimación de una ONG ambientalista: algunas reflexiones

20. La ONG Milieudéfensie actúa en el proceso como parte actora en virtud de la ficción legal del artículo 3:305a del Código civil neerlandés⁴⁰, según la cual el interés de todas las demás partes afectadas, en este caso, por el daño medioambiental alegado se incorpora en Milieudéfensie, más allá del daño particular, teniendo en consecuencia dicha ONG un interés independiente en que se demuestre la ilicitud de los actos y omisiones realizados por los demandados. Así lo reconoce el tribunal en sus autos y en la sentencia de 30/01/2013, admitiendo que sus peticiones acerca de la reparación del suelo, la limpieza del agua y la preparación de un plan de contingencia para futuras posibles fugas de petróleo no sólo beneficiarían a los demandantes sino, también, a su comunidad en general y al medio ambiente. El objetivo institucional de Milieudéfensie de protección del medio ambiente en todo el mundo así como sus peticiones en el juicio son, según el tribunal, suficientemente específicos como para considerar que los hechos alegados entren dentro del mismo y cumplan con lo previsto en el Derecho del foro –al tratarse de una norma relativa al proceso, en contra de la opinión de Shell⁴¹–, aunque no encuentre figura análoga en el ordenamiento de Nigeria.

21. Esta cuestión tiene gran relevancia en estos supuestos ya que, al tratarse de un interés difuso⁴² colectivo, las ONG y otras instituciones serán con frecuencia interesados en ser parte activa en los litigios, con independencia de que además apoyen las demandas de particulares. Para la determinación

⁴⁰ Dutch Civil Code, article 3:305a, p.1: «A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intends to protect similar interests of other persons.» En: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle331111.htm> [Consulta: 10/03/2013].

⁴¹ Según Shell et al., el artículo 3:305a del código civil neerlandés es parte del Derecho sustantivo y, siendo el Derecho aplicable el nigeriano, que no reconoce ningún tipo de acción *de clase* (*class action*) similar, las peticiones de Milieudéfensie no deberían ser admitidas. Además, añade Shell, en realidad se trata de una representación de intereses puramente individuales en la cual la acción de clase no ofrece ninguna ventaja frente a una litigación personal y directa por parte de los perjudicados. Ambos argumentos son desestimados por el tribunal. Vid. puntos 4.11 a 4.14 de la sentencia. Judgment 30 January 2013, District Court of The Hague, c. C/09/337050/ HA ZA 09-1580, *Friday Alfred Akpan & Milieudéfensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*.

⁴² La protección ambiental se sitúa en el ámbito de los intereses difusos, siendo el colectivo una especie dentro del concepto de interés difuso. Vid. A. RUIZ DE APODACA, en J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA y A. RUIZ DE APODACA, *Información, participación y justicia en medio ambiente. Comentario sistemático de la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 348.

de la legitimación se aplicaría, según la mayoría de la doctrina internacional-privatista⁴³, la *lex causae*, por la proximidad de la idoneidad para comparecer en juicio con la responsabilidad en que se basa la pretensión objeto de litigio, siendo así una de las excepciones a la regla general de que la ley del Estado del foro rige el proceso. Esto reviste importancia ya que, en caso de que se aplique aquélla a este tipo de litigios, no será infrecuente que se trate de ordenamientos jurídicos menos desarrollados en lo que a protección ambiental y de intereses colectivos difusos se refiere, por lo que difícilmente se reconocerá la legitimación a una ONG o a individuos actuando en grupo –más cuando no todos directamente hayan sufrido un daño material a su propiedad, medios de vida o daño a su salud, si bien sí se ven afectados por el daño al medio ambiente–⁴⁴.

22. En este caso, no obstante, el tribunal de La Haya aplica la ley del foro sirviéndose de una interpretación histórica de la norma, lo que permite reconocer legitimación activa a Milieudefensie, reconociendo expresamente que existe un interés más allá del individual de los afectados demandantes, haciendo referencia a otros ciudadanos nigerianos que pudieran verse afectados por los vertidos, en especial al resto de la comunidad y al medio ambiente como fin en sí mismo en la zona próxima a Ikot Ada Udo⁴⁵.

23. La regulación de esta cuestión en el ámbito de la UE sigue siendo esencialmente nacional y heterogénea, sin un criterio común al respecto. En España, la legitimación de las ONG ecologistas se reconoce en la Ley 27/2006⁴⁶ para los casos en los que las conductas reprochables del artículo 18 sean atribuibles a autoridades públicas. Pero, en el orden civil, cuando la responsabilidad es de un operador privado, no existe una legitimación expresamente prevista en la ley para temas ambientales. Además del supuesto general de legitimación ordinaria, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁷ (LEC) reconoce expresamente dos casos: la legitimación de asociaciones para la defensa de consumidores y usuarios (artículo 11) y para la defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 11 bis). ¿Debe una ONG –sin ánimo de lucro, se entiende– ser parte en estos procesos en el ámbito civil sin necesidad de que la Administración haya sido demandada? Bien podría aplicarse a la defensa del medio ambiente la misma fundamentación que justifica la legitimación en los casos anteriormente mencionados⁴⁸, sobre todo para asociaciones que defienden los intereses generales, teniendo en cuenta también el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).^{49 50}

24. La UE ha cerrado el camino a la posible «importación» al ámbito jurídico europeo de las *class actions* para evitar entre otros problemas –según la Comisión– la litigación abusiva. Así recoge en sus recientes recomendaciones⁵¹ sobre recursos colectivos las acciones «*opt-in*» –en las que los indivi-

⁴³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2011, vol. I., p. 615; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., 2011, p.263.

⁴⁴ Es evidente que las bases individualistas del Derecho procesal del siglo XIX –que heredamos–, no responden de manera efectiva –permitiendo su operatividad y reivindicación en juicio– a los nuevos derechos e intereses supraindividuales ligados al desarrollo de las sociedades industriales y a la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales, como es el derecho a un medio ambiente limpio y adecuado para la vida. Por ello, debe incorporar legitimaciones supraindividuales que hagan efectivo el acceso a la justicia. Para una reflexión más profunda acerca de la necesaria adaptación del Derecho procesal a los intereses difusos vid. D.I. PALOMO VÉLEZ, «Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis* individual», *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio 2003, pp. 187-201.

⁴⁵ Vid. puntos 4.12 y 4.13 de la sentencia, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). *BOE* núm. 171 de 19 de Julio de 2006.

⁴⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 7 de 08 de Enero de 2000.

⁴⁸ Vid. J.A. FONTANILLA PARRA, «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita», *Diario La Ley*, núm. 5740, año XXIV, mayo 2003, p. 1.

⁴⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 02 de Julio de 1985.

⁵⁰ Con este artículo, que acoge la referencia del artículo 24 de la Constitución española, según GARNICA MARTÍN, «se abría con carácter general la posibilidad de que existiera legitimación por simple interés», lo cual no necesariamente la hace extraordinaria. Vid. GARNICA MARTÍN, «Las acciones de grupo en la LEC 1/2000», *Diario La Ley*, octubre 2001.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European

duos o sociedades en el proceso son aquellos que activamente deciden ser parte del mismo— como norma general. A tenor de estas recomendaciones, no vinculantes, parece poco probable que se establezca ninguna pauta homogénea en la UE en el corto o medio plazo en relación a estas cuestiones procesales relacionadas con la defensa de intereses generales con un grupo no determinado. Más aún teniendo en cuenta que otros países como Alemania o Eslovaquia, a pesar de la doctrina que se deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de mayo de 2011⁵² son aún más reticentes a reconocer la legitimación de ONG ambientalistas, ni siquiera para la jurisdicción contenciosa-administrativa⁵³. Aunque la protección ambiental se recoge en las Recomendaciones como ámbito sujeto a las mismas, quizás hayan sido éstas, de nuevo, una oportunidad perdida para avanzar en la regulación de los recursos colectivos para bienes jurídicos difusos en Europa⁵⁴.

25. Por otra parte, en caso de que no existan personas que de manera individual reclamen la reparación de un daño particular, ¿puede una ONG ser titular de dicho derecho en un proceso civil que sirve esencialmente a intereses privados por conflictos entre particulares «personalizables»? ¿Podría, con independencia de su ubicación o del lugar del desarrollo habitual de sus actividades, ser parte activa en estos litigios, en base a que los intereses y el bien jurídico que protege son universales y su afectación —en un sentido «negativo»— nos perjudica a todos los seres humanos del planeta? ¿Qué pasaría con la indemnización dado que, tal y como se plantea, el bien jurídico afectado es de titularidad universal y, en todo caso, colectiva? Si bien son éstas preguntas que deberían ser estudiadas con detenimiento —a la luz de los avances en materia de consumidores y usuarios—, podría preverse el establecimiento de un fondo internacional en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros —la parte que correspondiera al interés difuso no individualizable en daños patrimoniales o a la salud— fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera global, con ciertos criterios de aplicación fijados por mayoría en base a las prioridades medioambientales globales o a la proximidad material (tipo de recurso) o territorial (lugar de los verificación de los perjuicios) con el daño que dio lugar a la compensación⁵⁵.

26. Estas cuestiones debieran plantearse en el debate sobre el papel procesal que la UE quiere y debe otorgar a las ONG ecologistas en la protección de los intereses y derechos medioambientales, cuya defensa judicial implica costos elevados⁵⁶ difícilmente asumibles y raramente rentables para particulares, lo cual, unido a la innegable desigualdad económica que suele existir entre demandante y demandado (normalmente una entidad empresarial) suele desalentar la reivindicación judicial.

Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Towards a European horizontal framework for collective redress». 12/06/2013, COM(2013) 401/2, EN. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf [Consulta: 13/06/2013].

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 12 de mayo de 2011, asunto C-115/09, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo —*Obverwaltungsgericht*— del Land de Nordrhein-Westfalen (Alemania).

⁵³ J. ORTEGA BERNARDO, *¿Quién ha apostado por la efectiva implantación del derecho de acceso a la justicia a favor de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente?*, 2011. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/09/2011_09_Julia_Ortega_Acceso-justicia-ONG.pdf [Consulta: 10/04/2013].

⁵⁴ Vid. X. KRAMER, «Commission recommendations in collective redress», *Conflict of Laws. Net.*, June 11, 2013. Available at: http://conflictoflaws.net/2013/commission-recommendations-collective-redress/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29. [Consulta: 12/06/2013].

⁵⁵ Existen fondos actualmente pero que se constituyen *ex ante* con aportaciones de las empresas que realizan actividades de riesgo, ante la eventualidad del daño. Por ejemplo: el «Superfund» americano, creado por la Comprehensive Environmental Response and Liability Act de 1980, para hacer frente a emergencias y limpieza de suelos contaminados por el depósito incontrolado de residuos tóxicos o peligrosos y que se financia con las aportaciones obligatorias de las industrias potencialmente contaminantes; algunos en Suecia y Alemania para la restauración de tierras contaminadas; en Francia para las indemnizaciones por la contaminación acústica de los aeropuertos; en los Países Bajos para luchar contra la contaminación atmosférica (según el Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental elaborado por la COMISIÓN EUROPEA, COM (2000) 66 final). Sobre los fondos de compensación vid. DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Civitas, 2ª edición, 1997, pp. 260 y ss.

⁵⁶ Entre otros: costos de conocimiento técnico y científico; de información imperfecta; de riesgo sustancial; de partes numerosas; de múltiples posibles alternativas; de pluralidad de centros de decisión; de oportunidades para efectos de naturaleza distributiva; etc. Vid. C.A. DE SALLES, *Excução judicial em matéria ambiental*, Ed. Revista de Tribunales, Sao Paulo, 1999, p. 127. Citado por D.I. PALOMO VÉLEZ, *op. cit.*, p. 194.

27. Sin embargo, dada la poca probabilidad de que la solución llegue desde Europa y teniendo en cuenta la importancia del desarrollo del Derecho procesal para la tutela del medio ambiente, sería positivo que la LEC reconociera la legitimación en los procesos civiles por daños al medio ambiente a aquellas ONG que cumplan determinados requisitos entendiendo que existe un interés «suficiente» en el litigio por el hecho de trabajar en la protección del medio ambiente, al igual –y con fundamentación similar– que en los casos de defensa de los consumidores y usuarios o en el de defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres, si bien los interrogantes anteriormente planteados acerca de qué se haría con la indemnización o las características exigibles a las ONG (sin ánimo de lucro, ámbito de actuación, años de funcionamiento, etc.) deberían ser atendidos previamente.

3. Contestación a la demanda e incidencias procesales

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

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

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

30. El veredicto del tribunal de distrito neerlandés se hizo público, tal y como estaba previsto, el día 30 de enero de 2013. De las cinco reclamaciones presentadas –dos demandantes en el poblado de Oruma, uno en Goi, otro en Ikot Ada Udo y, por último, la reclamación presentada por Milieudefensie–, el tribunal neerlandés sólo estimó parcialmente las pretensiones del Sr. *Akpan*, residente en Ikot Ada Udo. Esta pequeña victoria ya es significativa, al ser la primera vez que una filial es juzgada en el país de su empresa matriz por daños ocurridos en el territorio del Estado de la filial. Por ello nos centraremos en este epígrafe en la resolución del caso Ikot Ada Udo, analizando cómo han sido tratadas dos de las cuestiones esenciales en el ámbito del Derecho internacional privado: autoridad competente y ley aplicable al caso. El reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, por el momento procesal en el que se encuentra el caso, en segunda instancia, no será abordado más que para apuntar un par de cuestiones relevantes.

1. Autoridad competente

31. El tribunal de distrito de La Haya reconoce que tiene jurisdicción y competencia para conocer de todas las demandas presentadas, pese a las objeciones de Shell a que SPDC pudiera ser juzgada por un tribunal neerlandés. El razonamiento jurídico se expone a continuación.

A) Competencia respecto a la matriz (RDS): Reglamento Bruselas I.

32. En lo que respecta a RDS, matriz, dado que su sede se encuentra en La Haya, se aplica el Reglamento Bruselas I. En una lectura conjunta de los artículos 2.1. y del 60.1, los tribunales de Los Países Bajos son, al igual que los tribunales de Reino Unido –donde tiene Shell su domicilio o sede estatutaria–, competentes para conocer del caso en lo relativo a RDS, ya que se trata de una *sociedad domiciliada* en un Estado miembro parte del Reglamento.

B) Competencia respecto a la filial (SPDC): Código de procedimiento civil neerlandés.

33. Más polémica resultó la competencia del tribunal para juzgar la actividad de la filial nigeriana, SPDC. En virtud del artículo 4.1 del Reglamento 44/2001, al no tener domicilio en un Estado Miembro ni estar vinculado el caso a una competencia exclusiva del artículo 22 ni existir sumisión –prevista en el artículo 23–, la competencia judicial internacional se regirá en cada Estado miembro por su ley interna. En este caso, la ley neerlandesa; concretamente, su Código de procedimiento civil.

34. Según sus normas generales, el tribunal neerlandés no sería el adecuado para juzgar el litigio, ya que no se identifica con el lugar de verificación del daño. No obstante, existen algunas excepciones en dicho código que permitirían el reconocimiento de competencia internacional de los tribunales neerlandeses sobre la filial nigeriana⁵⁷. En este caso, se aplicó el artículo 7, según el cual en caso de que un tribunal neerlandés tenga competencia sobre uno de los acusados en cuestiones iniciadas por una demanda, también tendrá competencia sobre los otros acusados en el mismo proceso siempre que las distintas acusaciones estén conectadas hasta tal punto que razones de eficiencia justifiquen una audiencia conjunta⁵⁸.

C) Controversia respecto a la competencia del tribunal neerlandés

35. En base al artículo 7 los demandantes fundamentaron la competencia del tribunal neerlandés para juzgar a RDS y a SPDC. Sin embargo, Shell planteó objeciones a que así fuera reconocido, alegando lo siguiente:

- 1) Que el reconocimiento de la competencia por parte del tribunal se realiza con una base legal incorrecta: según Shell, era previsible que bajo la ley nigeriana las demandas frente a RDS no pudieran prosperar; por tanto, los demandantes incurrían en un abuso procesal⁵⁹ iniciando conjuntamente las demandas frente a RDS y SPDC aprovechando la competencia sobre RDS y dicho artículo 7.
- 2) En segundo lugar, Shell invoca la sentencia en el asunto *Painer* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de 1 de diciembre 2011, No. C-145/10) para condicionar la aplicación del artículo 7 al hecho de que SPDC pudiera haber previsto la posibilidad de ser juzgada en Los Países Bajos por sus actividades en Nigeria, en analogía con lo que el TJUE (as. *Painer*, párrafo 81) admite para aplicar el artículo 6.1. del Reglamento 44/2001 a casos en los que existe una diferencia en la base de las demandas iniciadas contra varios acusados pero siempre que éstos pudieran haber previsto la posibilidad de ser juzgados en un Estado miembro en el que al menos uno de ellos estuviera domiciliado. Por tanto, según Shell, dado que SPDC no podía prever tal circunstancia, el tribunal neerlandés no debía reconocer su competencia.

36. El tribunal se pronuncia respecto del primer punto afirmando que no existe ningún abuso procesal porque de antemano sí era verosímil defender que, en determinadas circunstancias y según la ley nigeriana, la matriz de un grupo de sociedades pudiera ser responsable por los actos de negligencia cometidos contra las personas que sufren un daño como consecuencia de las actividades de sus filiales. De hecho, así ocurrió en el caso *Chandler vs. Cape*, juzgado en Inglaterra.⁶⁰

⁵⁷ El artículo 7 o, entre otras, el foro de necesidad del artículo 9.

⁵⁸ Traducción de la autora del siguiente texto: «*If legal proceedings are to be initiated by a writ of summons and a Dutch court has jurisdiction with respect to one of the defendants, then it has jurisdiction as well with respect to the other defendants who are called to the same proceedings, provided that the rights of action against the different defendants are connected with each other in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency*».

⁵⁹ El hecho de que la audiencia conjunta prevista en el artículo 7.1 del Código de procedimiento civil neerlandés pueda convertirse en un abuso procesal es algo defendido en la literatura legal neerlandesa si bien nunca se ha apreciado así en casos de relaciones entre matrices y filiales, como nos recuerdan A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁰ *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525; Court of Appeal, England. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> [Consulta: 12/02/2013].

37. Respecto de la segunda alegación de Shell et al. para impugnar la competencia, el tribunal la desestima también al encontrar que falla un presupuesto básico: las demandas contra RDS y SPDC no tienen diferente base legal, sino que, por el contrario, se basan en la misma cuestión jurídica; esto es, el reconocimiento de la responsabilidad por negligencia para obtener compensación. Además, según el tribunal, sí era previsible que SPDC pudiera ser juzgada en Los Países Bajos junto con RDS. En la sentencia (punto 4.5), como ya mencionamos antes, se reconoce la existencia de una tendencia internacional a juzgar la responsabilidad de las matrices en su propio país por las prácticas dañosas de sus filiales junto con éstas⁶¹. Por todo ello, ni siquiera entra a valorar el tribunal si se podría aplicar por analogía el razonamiento del TJUE al artículo 7 del código de procedimiento civil neerlandés al no verificarse ese presupuesto⁶².

38. Por último, en la sentencia se hace una apreciación importante: incluso en el supuesto de que RDS no fuera finalmente responsable por los daños alegados y exclusivamente SPDC fuera juzgada por actividades y resultados ocurridos en Nigeria, no procedería la excepción *forum non conveniens*, que –según el texto de la sentencia– *no longer plays a role in today's international private law*. Así, la competencia del tribunal neerlandés no cesaría en el caso de que la reclamación a RDS fuera desestimada y, en consecuencia, la conexión con la jurisdicción neerlandesa fuera mínima. En este mismo sentido, y aunque no es mencionada en la sentencia, interpreta el TJUE las disposiciones del Reglamento Bruselas I. Según esta interpretación, los tribunales neerlandeses no podrían declararse a sí mismos incompetentes en base a la excepción *forum non conveniens*⁶³. Conviene recordar que para la ley neerlandesa, a efectos de reconocer la competencia, no es determinante si la filial y la matriz pueden resultar una misma unidad empresarial y de dirección o si simplemente la matriz, independientemente, pudiera resultar responsable por fallos en la supervisión, siendo la base de la compensación un acto ilícito cometido por filial o matriz⁶⁴.

D) ¿Competencia sobre ambas sociedades –matriz y filial– sin necesidad de levantar el velo?

39. En este caso, la competencia sobre ambas sociedades es posible, sin necesidad de levantar el velo, gracias al artículo 7 del Código de procedimiento civil neerlandés. Porque, de no existir este artículo u otro similar, la incompetencia del tribunal respecto de uno de los demandados (en este caso, la filial, no domiciliada) unido al principio general de la *responsabilidad limitada* entre entidades jurídicamente independientes, solo podría salvarse –en teoría– si se levantara el velo societario, siendo entonces filial y matriz «una misma entidad», de manera que la competencia sobre una implicaría, automáticamente, la competencia sobre la «otra». Sin embargo, hay que recordar que, en el ámbito europeo, el artículo 2 del Reglamento Bruselas I no permite que opere el levantamiento del velo⁶⁵, porque cada persona jurídica debe ser tratada como un demandado separado a efectos de dicho artículo (SAP Madrid 27 junio 2003)⁶⁶. Por tanto, no podría considerarse que la filial sí está «domiciliada» porque esté 100% bajo la dirección de la empresa matriz de un Estado miembro, salvo que la filial sea «falsa» o puramente nominal (por el «principio de la apariencia»⁶⁷), lo cual conlleva una dificultad probatoria considerable para las víctimas de daños ambientales de países empobrecidos, normalmente en una situación desfavorable.

⁶¹ L. ENNEKING, *op. cit.*, pp. 400-406.

⁶² Para un análisis en profundidad de dicha sentencia del TJUE y del artículo 6.1 de Bruselas I, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, «El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, No 1, pp. 245-255.

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, *Andrew Owusu vs. N. B. Jackson*, que actúa con el nombre comercial «*Villa Holidays Bal-Inn Villas*» y otros. Para ver otros comentarios de esta sentencia: F. IBILI, «At last: The EC Court of Justice on Forum Non Conveniens», *Netherlands International Law Review* 2006, Vol. 53, pp. 127-139. Disponible en: <http://dspace.uvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/23245/198152.pdf?sequence=1> [Consulta: 12/02/2013]. En contra del rechazo de dicha excepción, vid. BRITISH MINISTRY OF JUSTICE, *Review of Brussels I Regulation*, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf [Consulta: 12/02/2013].

⁶⁴ A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁵ En un sentido diferente, vid. C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, «International litigation trends in environmental liability: a European Union–United States comparative perspective», *Journal of Private International Law*, vol. 7, núm. 3, 2011, p. 559.

⁶⁶ A.L. CALVO CARAVACA, et. al, *op.cit.*, p. 536.

⁶⁷ De F. SALERNO, citado por A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 536.

40. Esto sin olvidar que la posibilidad que plantea el artículo 6.1. del Reglamento de litisconsorcio pasivo, no es aplicable cuando una de las sociedades codemandadas, como ocurre en este caso, está domiciliada en un tercer Estado⁶⁸. Por ello, la única solución se encontrará, en el ámbito europeo y hasta la fecha, en el régimen autónomo de DIPr del Estado del tribunal que conozca del asunto, sin que exista una solución homogénea. Este hecho dificulta defender la tesis de que existe de una tendencia sostenible y consistente en la Unión Europea a que filiales no domiciliadas sean juzgadas en los países de sus matrices junto con éstas, ya que será un resultado contingente, dependiendo del Derecho interno aplicable en el Estado miembro de la matriz en el que se presente la demanda. Sí podría admitirse la inclinación de los tribunales europeos a interpretar las normas vigentes en favor de esa atracción del asunto a su competencia, sin embargo esto no siempre ni en todo ordenamiento será posible, con la consecuente incertidumbre e inseguridad jurídica.

41. Concretamente, en España, la previsión del artículo 22 LOPJ para obligaciones extracontractuales no permitiría reconocer la competencia de los tribunales españoles sobre una filial domiciliada en un tercer Estado en el que se verifiquen los daños, ya que sólo son aquéllos competentes cuando «el hecho del que deriven (*las obligaciones extracontractuales*⁶⁹) haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España». Por tanto, bajo este artículo, sería remota la posibilidad de reconocer la competencia (tendría que tener la víctima residencia en España a la vez que la matriz, y aún en este caso no podría atribuirse sobre la filial).

42. Interesaría por tanto que se aplicara en sede de competencia Bruselas I, siendo así que sería posible juzgar a una matriz europea –olvidándonos ahora del problema de la competencia sobre la filial– por daños verificados en un tercer Estado, demandando a ésta exclusivamente (no a la filial) bien por daños directos (teniendo que probar la causalidad entre la decisión de la matriz y los daños, cosa nada fácil) bien por la vulneración del deber de cuidado (sobre la actividad de la filial). En cualquier caso, es improbable dicha posibilidad, entre otras cuestiones, por la enorme dificultad probatoria, tanto del nexo de causalidad como de la culpabilidad –ya que en muchos países de la UE no está reconocida la responsabilidad objetiva de las matrices por la actividad de sus filiales extranjeras en cuestiones como los daños al medio ambiente–.

43. Fuera del ámbito europeo, el levantamiento del velo sí podría lograr la atribución de competencia⁷⁰, no sin numerosos obstáculos. En primer lugar, el tribunal deberá verificar si tanto la parte demandante como la demandada poseen legitimación procesal, activa y pasiva respectivamente.⁷¹ Y en segundo lugar, cabe preguntarse qué Derecho se aplicaría al levantamiento del velo. Pues bien, al tratarse de una operación sustantiva vinculada a la responsabilidad civil –ya que el fin es que la matriz responda por los actos de las filiales– y al no existir normas materiales ni normas de conflicto específicas que lo regulen, algunos autores son de la opinión de que sería aplicable la ley que designen las normas de conflicto en materia delictual o cuasidelictual. Esto presenta algunos problemas. El primero es que la frecuente conexión del «lugar del acto generador del daño» debe ser interpretada⁷² y, en su caso, aplicada, en un momento procesal previo a conocer del fondo de la demanda⁷³. El segundo es la incertidumbre o falta de seguridad jurídica acerca del Derecho que finalmente será designado aplicable a tal efecto y

⁶⁸ Vid. STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto *Réunion européenne y otros*, Rec. 1998, pp. 6511 y ss.

⁶⁹ Cursiva nuestra.

⁷⁰ Precisamos que nos referimos a casos en los que la matriz está domiciliada en un país parte en el Reglamento Bruselas I pero la filial es de un tercer Estado en los cuales se verifican los daños. En caso de que ambas empresas fueran domiciliadas, lógicamente la competencia sería automática y el levantamiento del velo no sería necesario en sede de competencia, si bien sí a la hora de valorar la responsabilidad en los daños.

⁷¹ M. VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, p. 389. La cuestión de la legitimación de las ONG ya se abordó con anterioridad. Vid. p. 20-24.

⁷² Dependerá de si se considera que es el lugar en el que la filial desarrolla su actividad o, en la medida en que se considere que es la matriz la que dirige y toma las decisiones referidas a la seguridad, control, etc. que pudieran ser la causa última del daño, pueda considerarse el país en el que la matriz está domiciliada o ejerce su actividad.

⁷³ M. VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, p. 390.

por tanto sobre la posibilidad final o no de levantar el velo para estimar la responsabilidad y las exigencias o dificultades probatorias.

44. Parece por tanto que en el ámbito europeo, con Bruselas I –y también con Bruselas I bis que no ha supuesto cambios en este sentido–, nos encontramos con cierta imprevisibilidad y mucha heterogeneidad en la regulación de la competencia para estos supuestos ante la inexistencia de una norma de Derecho material uniforme común que prevea la competencia en casos de *demandados no domiciliados* (cuestión sugerida en el proceso de modificación de Bruselas I que finalmente no fue incorporada⁷⁴ y a la que tampoco se hace referencia en las Recomendaciones de la Comisión sobre recursos colectivos, citado *supra*.) y además, con la imposibilidad de utilizar el levantamiento del velo para atribuirse la competencia sobre las filiales no domiciliadas, haciendo depender la única posibilidad de juzgar ambas sociedades conjuntamente –algo que parece mucho más eficiente– a las normas de producción interna de aplicación subsidiaria que son, por lo general, heterogéneas. Este panorama sin duda hace pensar en la necesidad de mejoras, más aún teniendo en cuenta que en muchos de los casos que se planteen en materia medioambiental que impliquen a grupos societarios será frecuente que las filiales tengan su sede en países empobrecidos no contratantes de Bruselas I como parte codemandada –el artículo 5.3 por tanto queda fuera de juego, al igual que el 6.1–. Sin mencionar que serán otros muchos ámbitos jurídicos los afectados por la globalización de las relaciones económicas en los que algún demandado sea no domiciliado (Derecho de la competencia, societario, financiero, laboral, consumidores y usuarios, etc.)

45. Ahora bien, ¿cómo hacerlo? ¿Es posible conseguirlo? ¿Qué interrogantes se plantean? A continuación se exponen una serie de interrogantes que pretenden dibujar mejor el mapa de los problemas, objetivos y de las posibles vías para alcanzarlos.⁷⁵

E) ¿Es conveniente/interesante que matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en países de la UE? Algunos obstáculos y propuestas

46. No han sido pocos los obstáculos que se han señalado ante la posibilidad de que un tribunal en algún país de la UE pudiera juzgar conjuntamente a matriz y filial no comunitaria por daños verificados en el territorio de un tercer Estado. De entrada podría pensarse que no existe una conexión suficiente al verificarse el daño en un tercer Estado y al no ser la filial una sociedad domiciliada, tratándose de un foro exorbitante. Por ello, el reconocimiento y ejecución de la sentencia que se dictase en virtud de aquél, podría dificultarse e incluso hacerse imposible, con la consecuente vulneración del derecho a la justicia efectiva y la pérdida de recursos materiales e inmateriales que supone el desarrollo del litigio.

47. Pero, sin perder de vista el factor político que, en la práctica, condiciona tantas decisiones jurídicas e imposibilita muchas veces la inclusión y aplicación de nuevos criterios más eficaces y más justos en nuestros ordenamientos, ante esta objeción cabe hacerse algunas preguntas a la luz de las realidades económicas que acompañan las virtualidades jurídicas de los grupos societarios: ¿es realmente una conexión *mínima* con un Estado el hecho de que su mercado –una sociedad domiciliada en dicho Estado o que tiene en él su sede de operaciones– reciba el 100% de los beneficios de una actividad empresarial cuyo desarrollo, en algún lugar, ha dado lugar a los daños medioambientales? ¿No es propio de la jurisdicción de un Estado regular su mercado, concepto que, sin lugar a discusión, no se circunscribe en la actualidad a su territorio, más cuando hablamos de la actividad de empresas multinacionales? ¿Es el domicilio de la matriz una conexión insuficiente, siendo conscientes de las relaciones de poder que dominan en las corporaciones multinacionales, para extender la competencia a la filial directamente re-

⁷⁴ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde de la revisión del Reglamento 44/2001*, de 21 de abril de 2009, COM 2009, 175 final. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF> [Consulta: 1/3/2013].

⁷⁵ Éstas se circunscribirán principalmente al caso en el que la matriz sí sea europea –domiciliada en territorio del Reglamento Bruselas I– pero no así la filial, de un tercer Estado, en el que se verifica generalmente el daño al medio ambiente –el ecológico puro y las concreciones en individuos concretos que ven dañados su propiedad, medios de vida, salud, etc.–.

lacionada con el daño o bien asumir una responsabilidad objetiva de la matriz —o bajo presunción *iuris tantum*— y poder así conocer del fondo del asunto sin que la parte demandante —normalmente débil— tenga que afrontar una especie de prueba diabólica siquiera para que su demanda sea admitida a trámite? ¿No parecen más eficientes, a nivel global, las audiencias conjuntas? ¿Debe un país europeo en el que se domicilia la matriz de una multinacional permitir que el deber de diligencia sobre sus filiales no sea garantizado con el mismo rigor con independencia de la ubicación de las mismas cuando lo que están en juego son bienes jurídicos de tal importancia, más cuando su propio mercado —y empresas— se benefician directamente de su actividad extraterritorial? ¿Podemos permitir —en base a los valores y principios de nuestro ordenamiento, de la comunidad internacional y según una elemental noción de justicia— que se haga en «casa del vecino» lo que no haríamos en la nuestra y recibir sólo los beneficios —no los costes— de dicha actividad?⁷⁶

48. Por otra parte, a la vista de la importancia que tiene, en magnitud e influencia, la actividad de un grupo empresarial multinacional cuyo entramado de redes abarca varios países y le permite moverse en esferas jurídicas distintas según su conveniencia, beneficiándose de limbos jurídicos que con frecuencia permiten abusos, ¿no parece que, al menos, debería darse a la parte débil —no sólo nos referimos a los particulares que eventualmente sufran un daño directo patrimonial o de salud por su actividad sino a todos los ciudadanos que nos vemos afectados en tanto que se daña nuestro ambiente y medio de vida⁷⁷— la facultad de elegir el foro más favorable a sus intereses, la ventaja de no tener que probar cuestiones tan difíciles como el control intra grupos⁷⁸ o la causalidad entre la actividad de la matriz y el daño... la posibilidad de que sus intereses sean defendidos colectivamente por asociaciones dedicadas a tales cuestiones? Y, siendo indiscutible que el medio ambiente es un bien universal cuyo perjuicio en cualquier parte del mundo nos afecta a todos, ¿no debería la comunidad internacional intentar garantizar que las sentencias dictadas en estos casos sean reconocidas y ejecutadas allá donde sea necesario, con independencia de qué país haya juzgado la cuestión siempre que se hubiera seguido un proceso con todas las garantías y que la conexión con el fondo del litigio hubiera sido razonablemente próxima?⁷⁹

49. Dado que las realidades empresariales de la actualidad pueden difícilmente circunscribirse a un territorio determinado (además del lugar físico de desarrollo de la actividad, existen otros, como el lugar de procedencia del capital o de la tecnología, el lugar en el que se reciben los beneficios, el lugar en el que se deciden realmente las operaciones, el lugar que determina la legislación fiscal aplicable al negocio, etc.) parece tener poco sentido que un solo Estado —en este caso, en general, el del lugar donde

⁷⁶ Llama la atención como las disposiciones europeas hacen constante referencia a la protección de derechos de los domiciliados o nacionales en la Unión, incluso extraterritorialmente, mientras que cuesta encontrar referencias al cumplimiento de deberes. Como ejemplo, en las Recomendaciones *cit. supra.*, de 12 de junio 2013, la Comisión afirma «*Both citizens and businesses should be able to obtain effective redress, in particular in cross-border cases and in cases where the rights conferred to them by the EU law have been infringed*». Sin referencia al cumplimiento de los deberes que el Derecho europeo les impone, en los mismos casos. Vid. EUROPEAN COMMISSION, *op.cit.* Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf [Consulta: 13/06/2013].

⁷⁷ Mediante instituciones que hagan factible la defensa de tales intereses difusos colectivos (generales) o que representen a una colectividad de perjudicados (determinados o no), se entiende.

⁷⁸ Nótese cómo el Tribunal de Justicia de la UE, al constatar la dificultad que encontraba la Comisión para demostrar el control de la matriz sobre la filial, precisó que dicha prueba no era exigible si la matriz controlaba la totalidad del capital social de la filial. (Vid. O. ARMENGOL, «La responsabilidad de las sociedades matrices por prácticas anticompetitivas de sus filiales», *Newsletter Pérez-Llorca*, núm. septiembre-diciembre 2012. Disponible en: <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20responsabilidad%20de%20las%20sociedades%20matrices%20por%20las%20conductas%20anticompetitivas%20de%20sus%20filiales.pdf>. [Consulta: 15/05/2013]. Si esto es así para la Comisión Europea, tanto más lo será para los que suelen ser demandantes en este tipo de litigios por daños medioambientales, en una posición mucho más débil económica, jurídica y técnicamente.

⁷⁹ Con, por ejemplo, un convenio internacional al respecto en el que podría asumirse no sólo el reconocimiento obligado de este tipo de sentencias sino también la creación de un fondo internacional en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros —la parte que correspondiera al interés difuso no individualizable en daños patrimoniales o a la salud— fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera internacional, con ciertos criterios de aplicación fijados por mayoría en base a las prioridades medioambientales globales o a la proximidad material (tipo de recurso) o territorial (lugar de los verificación de los perjuicios) con el daño que dio lugar a la compensación-

se verifica el daño (en primera instancia o de manera más obvia en el caso de daños ambientales)—deba ser competente para juzgar cualquier litigio en materia medioambiental relacionado con el negocio. Es decir, en nuestra opinión tiene sentido ofrecer a las víctimas foros alternativos entre, por ejemplo, el del lugar de verificación del daño o aquel en el que se ubica la matriz de la filial que se vio directamente relacionada con el daño, siempre que exista alguna conexión que permita presumir *iuris tantum* que existe control de la matriz (por ejemplo, que tenga una mayoría considerable —o el 100%— del capital accionario⁸⁰) y/ o se verifiquen ciertos «indicadores» (por ejemplo: que la matriz en cuestión reciba más del 50% de los beneficios de la filial, que estén vinculadas a códigos de conducta comunes, que la plantilla de directivos de la filial cuente con expatriados, etc. —siempre que no se demuestre lo contrario por parte de los demandados—), sin que sea necesario levantar el velo en sede de determinación de la competencia, evitando con ello, entre otros problemas⁸¹, un «juicio anticipado».

50. Por tanto, respondiendo a la pregunta inicial, sí parece interesante, desde el punto de vista de la eficiencia, de la salvaguarda del medio ambiente como interés difuso, de la protección de la parte débil y de la creación de un mercado europeo con menos externalidades negativas y de un espacio de justicia más seguro, equitativo y coherente —sin tantas asimetrías ni distorsiones que generen comportamientos oportunistas o limbos jurídicos que permitan abusos de derecho—, que matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en estos supuestos, a elección del demandante, bien en el lugar de verificación del daño, bien en el Estado de domicilio de la matriz de la multinacional, que generalmente será más beneficioso para las víctimas.

51. Ahora bien, conseguir que las matrices puedan ser juzgadas en sus propios países por daños causados por sus filiales en terceros Estados parece encontrar, en primer término, un obstáculo de agenda política, ya que, como comentamos con anterioridad, la extensión de la competencia en ciertos supuestos a los no domiciliados en el proceso de revisión del Reglamento Bruselas I ya se contemplaba pero no fue incorporada, resultando su nueva versión, de nuevo, insuficiente⁸². Parece necesario convencer de que los beneficios de la adopción de medidas en este sentido superan con creces a los posibles costes. En primer lugar y recapitulando: ¿de qué propuestas hablamos?

52. Incorporar un *foro alternativo*, como sugiere la doctrina para otros supuestos⁸³, en caso de demandados no domiciliados para casos de daños medioambientales que permita aplicar también el artículo 6 (de litisconsorcio pasivo) y el artículo 5.3. de Bruselas I a las filiales, siempre que exista una conexión razonable con el mercado europeo, y de manera alternativa, siendo elección de los perjudicados. Parece cada vez más evidente que los clásicos puntos de conexión, esencialmente territoriales, deberían evolucionar, en estos casos, hacia otros más «líquidos», ligados a la actividad económica real que, con frecuencia, se aleja de la plasmada en una formalidad jurídica. En relación a la conexión con el mercado europeo, podría ser conexión suficiente alguno de los siguientes hechos: que la matriz sea

⁸⁰ En Derecho de la competencia, la posibilidad de imputar a la matriz la responsabilidad de una conducta cometida por una de sus filiales fue confirmada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Comisión* (1972), señalando que «el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz». Pero como la prueba del efectivo control era muy difícil, en el asunto 107/82, *AEG Telefunken c. Comisión* (1983), el Tribunal de Justicia admitió que en los casos en los que una matriz posea el 100% del capital de su filial, entonces se presume dicho control, recayendo sobre la matriz la carga de desvirtuar la presunción aportando pruebas de autonomía de su filial (apartado 50).

⁸¹ Determinar qué ley se aplica al levantamiento del velo, a la legitimación pasiva, salvar la falta de precedentes y criterios por lo excepcional de la institución, desincentivar el control intra-grupos (porque interesará mantener la menor relación posible con las filiales para evitar cualquier indicio de «control» o de evidencia de «políticas comunes»), la carga probatoria para los demandantes, etc.

⁸² De P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *La Ley*, Año XXXIV, Número 8013, 31 de enero de 2013, p. 8. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemi-guelasensioLaLey8013-2013.pdf> [Consulta: 27/02/2013]

⁸³ L.A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *op. cit.*, vol. I., p. 163.

europaea y posea el 100% del capital de la filial, salvo que pruebe (la matriz) la autonomía de su filial⁸⁴, lo cual evitaría, bajo esos criterios, la necesidad de levantar el velo para los demandantes; que el 100% de los beneficios de la filial vayan al país europeo (en el caso que nos ocupa, los beneficios de SPDC son depositados en Los Países Bajos⁸⁵); que filial y matriz sean parte de un código de conducta europeo, etc.

53. También podría preverse un *foro de necesidad* que privilegie la protección de las víctimas en términos de justicia efectiva cuando no exista otro foro del que sea probable esperar que justicia substantiva o material, aunque teóricamente sí exista alguno competente, como ocurre en el Derecho neerlandés⁸⁶.

54. Para evitar los problemas del foro exorbitante, en caso de que así pudiera ser considerado y con independencia del instrumento elegido, podría promoverse –por ONG y organismos internacionales– la adopción de un tratado internacional que obligue a que en materia medioambiental sólo pueda rechazarse motivadamente⁸⁷ el reconocimiento y ejecución de aquellas sentencias que hayan sido el resultado de un proceso en el que los derechos y garantías esenciales no se hayan respetado o que vulneren las normas de Derecho internacional público comúnmente aceptadas. Además, dicho convenio podría prever, como dijimos previamente, la creación de un fondo en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera global.

55. Otra opción –que evitaría los problemas de que dicha competencia sobre las filiales fuese considerada un foro exorbitante– es modificar en vez de normas de DIPr (o en paralelo) el Derecho sustantivo societario-civil, de manera que, en toda la UE, las matrices puedan responder objetivamente⁸⁸ por daños medioambientales causados por la actividad de sus filiales en el extranjero o bien, en un nivel menor, que la responsabilidad fuera subjetiva pero que se invirtiera la carga de la prueba, de manera que, salvo que prueben lo contrario, las matrices sean consideradas responsables civilmente de los daños medioambientales causados por sus filiales⁸⁹, ya que tienen acceso privilegiado a la información y una posición generalmente mucho más fuerte que los demandantes.

⁸⁴ Este criterio se utiliza ya, como vimos *supra.*, en Derecho de la competencia en la Unión Europea para determinar la responsabilidad de las matrices por las conductas anticompetitivas de sus filiales, tal y como ha confirmado el Tribunal de Justicia de la UE en numerosos asuntos: As. 107/82, *AEG Telefunken c. Comisión* (1983); As. C-97/08, *Akzo Nobel* (2009). De esta manera, no es la Comisión sino la empresa la que debe probar la autonomía de la filial (Vid. O. ARMENGOL, *op. cit.*).

⁸⁵ Vid. nota al pie número 34.

⁸⁶ El «foro de necesidad» del artículo 9 del Código de procedimiento neerlandés opera en caso de que no exista otro tribunal extranjero con competencia, porque el acceso a los tribunales competentes sea imposible por guerra o un desastre natural o porque el debido proceso no pueda ser garantizado. Sin embargo, en este último caso, es necesario que exista una conexión suficiente con el sistema legal neerlandés, no así en los primeros. *Se estima que la presencia de una matriz neerlandesa sería un factor de conexión suficiente.* Vid. A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE en *The legal liability of Dutch parent companies for subsidiaries' involvement in violations of fundamental, internationally recognised rights*, 2009, p. 46 (Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1626225> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1626225>. [Consulta 10/02/2013].)

⁸⁷ En caso de que fuera denegado el reconocimiento, la motivación debería justificar la racionalidad de la decisión –en base al tratado– y además, fundamentar las razones que hacen a dicha solución más razonable que todas las demás. Este principio de razonabilidad «máxima» –nombre nuestro– es propuesto para la motivación de decisiones discrecionales por I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Monografías n. 259, Valencia 2003, p. 319.

⁸⁸ En este modelo, propio de países como Alemania y EE.UU., no es necesario indagar en el comportamiento del causante del daño (sí en el de responsabilidad subjetiva propia de países como España, Francia, Reino Unido o Italia), pues debe indemnizar sólo por haber realizado y haberse lucrado de una actividad susceptible de producir riesgo en cuyo ejercicio ha acontecido el efecto dañoso.

⁸⁹ En ambos supuestos habrá que demostrar el daño y la relación de causalidad en el juicio, cuestión no menos difícil. Solución para evitar esa carga probatoria sobre la víctima la encontramos en la Ley de responsabilidad ambiental alemana de 1990, donde que se «introdujo una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual el perjudicado no tendrá que probar la existencia del nexo causal sino únicamente que una determinada instalación es apropiada para haberle producido el daño». Vid. M. VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, pp. 339-340.

56. La conveniencia de esta opción dependerá de qué Derecho resulte aplicable finalmente y de cuál rija la legitimación procesal. Bajo Roma II, como veremos, podría tener mayor sentido ya que la posibilidad de elección de ley aplicable para la víctima entre la del lugar de verificación del daño y la del origen del daño podría mantener la coherencia entre la competencia y la responsabilidad objetiva o subjetiva (con presunción) de las matrices. Porque, de ser aplicable el Derecho de un tercer Estado, podrían plantearse algunos problemas. Entre otros, que el tribunal aplicara la *lex causae* para determinar la legitimación y la matriz no tuviera legitimación por su poca proximidad a los daños verificados (lo cual podría ser frecuente, dado el escaso desarrollo normativo de estas cuestiones de vínculos societarios y Derecho medioambiental en los países empobrecidos en los que con mayor frecuencia ocurren estos daños); o que sí fuera legitimada –bien porque el Derecho aplicable lo permitiera bien porque se hubiera determinado por la *lex fori*– pero que no sirviera de nada si el Derecho sustantivo aplicable no acompaña en el mismo sentido –favorable a poder reconocer la responsabilidad de las matrices–.

57. En cuanto a los *costes*, si la matriz consigue demostrar la diligencia debida (en caso de responsabilidad subjetiva con presunción) o bien no se demostrara la relación de causalidad entre la acción y el daño y no se reconociera la responsabilidad objetiva, entonces los demandantes pagarían los costes del proceso, lo cual debería ser una carga suficiente como para que la decisión de litigar en otro país sea tomada con seriedad y fundamento. Desde el punto de vista económico, parece justo y eficiente, porque además el demandado (matriz) litigará en «casa» si los demandantes eligen ese foro⁹⁰.

58. En relación al *foro*, al tratarse del domicilio del demandado la fundamentación encaja con la de los foros usuales comúnmente mantenidos en la legislación europea. Si se pretende atraer además la competencia sobre las filiales de manera uniforme, necesariamente habrá que introducir alguna modificación legislativa que, por ejemplo, como señalábamos en el primer punto de propuesta, de manera similar al artículo 7 neerlandés aplicado al caso, justifique la audiencia conjunta por motivos de eficiencia y coherencia, ya que evitaría resoluciones contradictorias (las cuales podrían darse respecto de la filial en un proceso ulterior que se planteara en otro país por los mismos hechos pero por la responsabilidad de ésta última si sólo se demandó a la matriz y ésta fue encontrada responsable –probándose el daño– por negligencia en su deber de cuidado, por ejemplo).

59. Por último, nos parece interesante preguntarnos por las posibles distorsiones económicas que podría ocasionar una política legislativa en este sentido. No sólo por analizar la viabilidad y eficacia de una posible norma, sino porque, guste o no, es prioridad del legislador europeo la competitividad del mercado común y determinará el sentido de las innovaciones jurídicas. Aunque por razones de espacio no será abordado en profundidad, a priori podríamos pensar que las matrices quisieran cambiar su sede a otros lugares donde la competencia no se reconociera y la responsabilidad no se presumiera. Ahora bien, eso supondría renunciar en muchos casos a la seguridad jurídica y a las ventajas fiscales que esos Estados ofrecen, siendo esa posible exigibilidad de responsabilidad un factor más de los muchos que condicionan la decisión de invertir en un determinado país. La solución pasaría por realizar un análisis económico de manera que, sin dejar de atender a criterios de justicia por la debida reparación del daño y protección del medio ambiente, cumplir las normas saliera más rentable a las empresas matrices que incumplirlas y existiera cierta seguridad en cuanto a los criterios de «debido cuidado», que facilitaran verificar su diligencia, aunque sean exigentes (que sean comprobables y lo más objetivos posible). Esto debería estar en relación al estudio de las indemnizaciones impuestas, ya que es el resultado del análisis coste-beneficio el que determinará en la práctica si las normas tendrán un efecto disuasorio e incentivarán la protección ambiental o si serán ineficaces.

60. Respecto a dichas implicaciones económicas parece interesante hacer mención al *amicus curiae* de Joseph Stiglitz presentado en el caso Kiobel en el que defiende que la Alien Tort Claim Act estado-

⁹⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea en las Recomendaciones para recursos colectivos, defendiendo el «*loser pays principle*». Vid. COMISIÓN EUROPEA, *op.cit.*, p.16.

unidense que permite enjuiciar por violaciones de derechos humanos a corporaciones tiene los siguientes efectos positivos sobre la economía: i) Crea incentivos apropiados para promover eficiencias económicas. ii) Lejos de desalentar la inversión de empresas en países menos desarrollados, promueve su desarrollo económico a largo plazo y la inversión en ellos. iii) No limita las oportunidades de negocio para empresas estadounidenses en el extranjero y no supone ninguna desventaja competitiva. iv) No afecta a la inversión en los EE.UU. v) Es un medio eficiente económicamente para disuadir violaciones de principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional⁹¹. Muchos de estos argumentos bien podrían aplicarse análogamente a la decisión sobre la competencia de los tribunales europeos en los casos de daños medioambientales en terceros Estados causados por grupos societarios cuya conveniencia discutimos.

61. En nuestra opinión, la previsión de competencia sobre filiales en terceros Estados de matrices domiciliadas en Estados miembros debería hacerse de manera homogénea para evitar desigualdades en el mercado interior y comportamientos oportunistas, además de incertidumbre y falta de precedentes y criterios en numerosas ocasiones. Si bien la doctrina ha propuesto distintas soluciones⁹², compartimos con una parte de los autores⁹³ que quizás la mejor solución sería una norma de Derecho material uniforme, al menos en el ámbito del espacio europeo de justicia, que facilite que las sociedades matrices pertenecientes a grupos multinacionales respondan por los daños a la salud y al patrimonio como consecuencia de los daños ambientales causados por actividades de sus filiales siempre y cuando aquéllas hayan intervenido, aunque indirectamente, en su materialización⁹⁴, e incluso pudiera contemplar (*vid. supra*) la creación de un fondo global por los daños ecológicos puros en tanto que el medio ambiente es un interés colectivo difuso y su afectación en cualquier lugar del planeta repercute de manera global.

62. Dicha uniformidad incrementaría la previsibilidad jurídica –no tendría el demandante que informarse acerca de las normas de competencia judicial internacional de los distintos Estados miembros– y podría aprovecharse para reforzar el papel de la Unión en la salvaguarda de los derechos humanos y del medio ambiente respecto de las actividades de los grupos de empresas con vinculación a Europa⁹⁵, con independencia del lugar físico en el que se verifique el daño, siempre bajo una interpretación

⁹¹ J.E. STIGLITZ, «Brief of Joseph E. Stiglitz as amicus curiae in support of petitioners in the case *Esther Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit», Legal Printers LLC, Washington DC, Nos. 11-88 and 10-1491. Disponible en: <http://harvardhumanrights.files.wordpress.com/2012/01/brief-of-joseph-e-stiglitz.pdf> [Consulta: 12/05/2013].

⁹² Entre otras, que se aplique la *lex societatis* y, cuando ésta sea insuficiente para garantizar la solvencia y de manera excepcional, que se aplique la *lex loci delicti* (Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, pp. 258-263); que se acuñe una norma de conflicto específica con facultad de elección para la víctima (UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS, *Code of conduct on transnational corporations*, 1986; Vid. T.SCOVAZZI, «Industrial Accidents and the Veil of Transnational Corporations» en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI, *International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham & Trotman, 1991, p. 424).

⁹³ Destacan: CH. ZILIOLO, T. SCOVAZZI, INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, M. VINAIXA MIQUEL; en VINAIXA MIQUEL, M., *op. cit.*, p. 392.

⁹⁴ Además del tratamiento uniforme, de la mejor protección del medio ambiente y de las víctimas del deterioro ambiental y de la reducción del fenómeno del *forum shopping*, se podría incentivar con ello la adopción de medidas preventivas más garantistas y eficaces por parte de las matrices que eviten futuros daños. (Vid. C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 460; entre otros). Esto sin olvidar los obstáculos evidentes de esta propuesta, como el consenso necesario entre los Estados acerca de los requisitos y circunstancias que deben presentarse para su reconocimiento para que dicha norma fuera eficaz, clara y útil. El tema del efecto preventivo debe tener muy en cuenta, en nuestra opinión, el análisis económico del Derecho porque una indemnización en sí no es «disuasoria» si el balance global coste-beneficio sigue siendo favorable para la empresa que debe pagarla.

⁹⁵ En línea con las directrices y recomendaciones de la Unión Europea y de la ONU. Vid. D. AUGENSTEIN ET AL., *Estudio para la Comisión Europea sobre el marco jurídico en materia de derechos humanos y medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea*, Universidad de Edimburgo, 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_es.pdf [Consulta: 20/02/2013]; PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI))*, 2013, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0017+0+DOC+XML+V0//ES> [Consulta: 20/2/2013]; A. RUGGIE, *Respetar, Proteger y Remediar*, Organización de las Naciones Unidas, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 20/2/2013].

teleológica basada en la «proximidad razonable» y en el sentido común orientado más a los intereses de las partes y a la buena administración de justicia y protección especial de los derechos humanos y del medioambiente como bienes y derechos universales que a la estricta soberanía estatal.

63. Además, teniendo en cuenta la protección especial que reciben en el Reglamento otros grupos «vulnerables» –como consumidores y trabajadores– no hay por qué pensar que el criterio de vulnerabilidad de los demandantes no pueda justificar también esa posibilidad de elección del foro contando con el del país de la matriz, unido a la relevancia e interés colectivo de la materia (protección del medio ambiente).

64. No obstante, pese a las críticas a la regulación actual, qué duda cabe que la apreciación del tribunal respecto de la competencia en este caso es un hito importante en materia de responsabilidad de grupos empresariales, que probablemente atraerá más casos de daños medioambientales o violaciones de derechos humanos ante la justicia europea. Y es que, si bien el tribunal neerlandés no aprecia la responsabilidad de RDS en ninguno de los casos presentados, el hecho de admitir su competencia tanto para la matriz como para la filial, aún previendo que la conexión de la responsabilidad exclusivamente con los Países Bajos pudiera ser mínima, despierta interrogantes y aviva, quizás, la sensación de que es necesario abrir, en el ámbito europeo, nuevos caminos alternativos a la ATCA de los EE.UU. –tras el retroceso en la aplicación de ésta última con el asunto *Kiobel*– para concretar la responsabilidad de grupos multinacionales por daños ocurridos en países terceros donde a veces la obtención de reparaciones para las víctimas o el reconocimiento de violaciones de los derechos humanos se convierte en una tarea imposible.

65. En esta línea, a propósito de los casos *Kiobel* y *AFPS & OLP vs. Alstom & Veolia*, juzgado en Francia⁹⁶, la doctrina afirma que ambos «*illustrate that the legal framework for corporate liability for violations of international law is currently underdeveloped, be it under international law or under the applicable national law. As long as multi- and transnational corporations do not have international personality or there is no sufficient national legal framework that regulates corporate international conduct, companies will keep benefiting from this legal gap. With the volume of international commercial transactions growing every day, actions of private companies become increasingly influential. It appears that international law and national legal systems have not yet adapted to this changed reality.*» He ahí el reto.

2. Ley aplicable

A) Determinación de la ley aplicable: Reglamento Roma II aún no aplicable por razón temporal

66. Dado que los hechos generadores de los daños sobre los que versa el litigio y las consecuencias de los mismos ocurrieron con anterioridad a la aplicabilidad del Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), y a tenor de la lectura conjunta de sus artículos 31 y 32 y de su interpretación jurisprudencial⁹⁷, dicha disposición comunitaria no es aplicable en este caso. Por tanto, la ley aplicable deberá determinarse de acuerdo a la ley neerlandesa que regula el conflicto de leyes en relación a actos ilícitos⁹⁸.

⁹⁶ Vid. E. MAES, Research fellow of the Max Planck Institute Luxembourg, «A European Sister Judgment for *Kiobel*? An analysis of the Versailles Court of Appeal case *AFPS and OLP vs. Alstom and Veolia*» en *Conflict of Laws. Net*. Disponible en: http://conflictoflaws.net/2013/a-european-sister-judgment-for-kiobel-2/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29 [Consulta: 12/06/2013].

⁹⁷ El TJUE de 17 de noviembre 2011, en el asunto C-412/10, *Deo Antoine Homawoo v GMF Assurances SA*, interpreta en la respuesta a una cuestión prejudicial que la fecha de entrada en vigor del Reglamento debe determinarse con arreglo a la regla general formulada en el artículo 297 TFUE, apartado 1, párrafo tercero. Como el Reglamento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 31 de julio de 2007, entró en vigor veinte días después de su publicación, es decir, el 20 de agosto de 2007. A partir de dicha fecha, ya impone ciertas obligaciones a los Estados miembros, si bien la aplicabilidad total de su reglamentación no comienza hasta el 11 de enero de 2009, fecha que recoge el artículo 32 bajo la rúbrica, no precisa, de «entrada en vigor». Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0412:EN:NOT> [Consulta: 9/02/2013].

⁹⁸ Act of 11th April 2001, concerning the regulation of conflict law with regard to obligations resulting from unlawful action (Act regulating the Conflict of Laws on Unlawful Acts -WCOD-), *Dutch law gazette* (effective as of 1 June 2001).

B) Derecho de Nigeria vs. Derecho neerlandés

67. La llamada «Dutch Tort (Conflict of Laws) Act (*Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad*)» estipula que las obligaciones resultantes de un acto ilícito deben ser regidas por la ley del país en el que se *cometió* dicho acto (artículo 3.1). Si bien en relación a SPDC no existen dudas acerca de cuál sería la ley aplicable (la de Nigeria), la posible responsabilidad de RDS abre de nuevo el debate acerca del «lugar del hecho generador del daño». El tribunal, basándose en el artículo 3, apartado 2⁹⁹, considera que la ley aplicable al caso debe ser la nigeriana, concretamente la de la región («state») en la que se producen los daños.

68. Sin embargo, se señalan algunas excepciones a esta norma: que la aplicación de la ley de otro Estado suponga una incompatibilidad manifiesta con el orden público neerlandés¹⁰⁰ o en caso de que así lo indiquen las normas de prioridad de la ley neerlandesa (artículo 10.6 y 10.7 Código civil neerlandés). Algunos autores defienden que, cuando la aplicación extranjera no concuerda con las normas de Derecho internacional, los tribunales neerlandeses no deberían verse sujetos a aplicar tales leyes extranjeras¹⁰¹. Sin embargo, en este caso, el tribunal estima que ninguna de estas excepciones está suficientemente fundamentada y, por tanto, debe aplicarse la ley de Nigeria.

69. Estiman así lo defendido por Shell et al. respecto de RDS: «...if an act has harmful effects on a person, a good or the natural environment in a place other than in the State on whose territory this act is committed, the law of the State on whose territory these effects occur will be applied, unless the perpetrator was reasonably unable to foresee the effects in that place.» Por su parte, los demandantes defendían que la ley aplicable debía ser la neerlandesa porque tanto RDS como Milieudéfensie tienen residencia habitual en los Países Bajos y porque el comportamiento ilícito que se reprocha en la demanda tuvo lugar, al menos en un grado considerable, en los Países Bajos. Esto no obsta, según esta parte, para que las disposiciones nigerianas¹⁰² fuesen tomadas en consideración.

70. La interpretación más frecuente del Derecho conflictual neerlandés es ésta que hace el tribunal, por lo que se tiende a aplicar ordenamientos extranjeros a este tipo de supuestos transnacionales. Esta interpretación del artículo 3.2. obstaculiza, según algunos autores¹⁰³, la función preventiva de la responsabilidad extracontractual, especialmente en este tipo de casos de corporaciones en los que las leyes de los países de acogida o receptores de las inversiones son, a menudo, menos estrictas que en el país de las matrices, en especial en materia medioambiental o en derechos humanos.

a) ¿Podría haberse aplicado la ley de la matriz?

71. Parece que la conexión más evidente se presenta, como afirma el tribunal, con Nigeria. Y hubiera sido extraordinariamente poco probable que se hubiera aplicado la ley neerlandesa al caso. Sin embargo, en la doctrina, como indica el estudio de A.G. CASTERMANS A.G & J. VAN DER WEIDE sobre la responsabilidad de las matrices neerlandesas, «there is no consensus on whether the law applicable to the subsidiary (*lex societatis*) should also govern the liability of the parent company in an international

⁹⁹ Article 3(2) WCOD provides that when the harmful effect of an act is felt in a place other than where the act takes place, the law of the country in which the effect is felt applies unless the corporation could not reasonably foresee this harmful effect.

¹⁰⁰ Si bien la ley neerlandesa prevé la excepción de orden público, su reconocimiento hasta la fecha en casos de violaciones de derechos humanos e ilícitos ambientales sigue siendo «*terra incognita*», sólo utilizado excepcionalmente en casos de Derecho de familia y de la persona (Vid. A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 55).

¹⁰¹ A. NOLLAEMPER, «Litigation Against MNCs: Public International Law in the Netherlands», en MENNO T. KAMMINGA & SAMAN ZIA-ZARIFI (EDS.), *Liability of multinational corporations under international law*, 2000, p. 280. Citado en: N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 852.

¹⁰² Article 8 of Act regulating the Conflict of Laws on Unlawful Acts: «What is stated in Article 3 through 7 does not exclude that the applicable traffic and safety regulations at the location of the unlawful action or other comparable regulations with regard to the protection of persons or property will be taken into account».

¹⁰³ N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 851.

context. One position defended in the literature is that in cases of failure of supervision it is not the *lex societatis* that is decisive but the law of the place where the failure of supervision (i.e. the unlawful act) occurs. This view is generally accepted in Dutch literature.(...) The question which then arises is where the unlawful act of the parent company actually occurred.(...) Was it where the parent took its management decisions? Or where the actual damage occurred? Or where the subsidiary took its decision?»¹⁰⁴

72. De nuevo parece que las dificultades probatorias son enormes. Demostrar que las acciones u omisiones de RDS están también en la causa de los daños, sin ayuda de presunciones, inversión, reparto de la carga de la prueba o determinación de ciertos indicios necesarios para la apreciación, imposibilita en la práctica, en la gran mayoría de los casos, que dicha conexión sea aplicada. De hecho, hasta la fecha, si bien no es ésta la primera vez que se ha intentado, no existe ningún caso jurisprudencial en los Países Bajos en los que se haya aplicado el ordenamiento neerlandés a un caso de daños extraterritoriales al medio ambiente –ni a violaciones de derechos humanos, con mayor dificultad aún en estos supuestos– causados por matrices neerlandesas y/o filiales extranjeras.

73. Ahora bien, en teoría, que pudiera aplicarse la ley del domicilio de la matriz de un grupo empresarial a la protección del medio ambiente no parece, a priori, descabellado. En primer lugar porque, si se entiende que la responsabilidad última de una decisión u omisión es de la matriz del grupo por la existencia de un «fallo de supervisión», el lugar del acto generador –donde se «cometió»– podría ser el de su domicilio o sede de operaciones¹⁰⁵. En segundo lugar, porque el hecho de saber que la ley del país de la matriz (*lex societatis* o, si fuera distinta, ley del lugar de su sede principal), que normalmente será más estricta en cuanto al cumplimiento de normas ambientales, de seguridad y de protección de los derechos humanos, puede ser aplicada a las reclamaciones por daños con indiferencia del lugar de verificación del daño, disminuiría con probabilidad los abusos que se cometen en países empobrecidos cuyo marco legal es, por lo general, más laxo y deficiente. De manera que si se benefician de la seguridad jurídica y demás ventajas (fiscales, administrativas, etc.) de un determinado ordenamiento –por ejemplo, europeo–, deberían también los grupos societarios estar vinculados por los estándares de protección del medio ambiente de ese mismo ordenamiento, con independencia del lugar físico en el que se verifiquen los daños, más teniendo en cuenta la especial naturaleza de los bienes a proteger. Esto permitiría avanzar en la *prevención* de dichos daños y no solo en la posterior reparación patrimonial a las víctimas, sin olvidar que, en la mayoría de los casos, el daño medioambiental «puro» que se ha causado al bien público (*res nullius*) es difícilmente reparable.

74. Enlaza esta argumentación con la idea de «protección conflictual reforzada» que fundamenta la regulación de la ley aplicable para daños medioambientales en el Reglamento Roma II. Fue tomada del Derecho internacional privado suizo¹⁰⁶ y se justifica por varias razones¹⁰⁷: 1º) El medio ambiente es un bien público. Cuando se daña el medio ambiente se dañan los intereses de toda la sociedad, trascendiendo del daño privado. 2º) Aplicando la ley del Estado de origen en casos de contaminación transfronteriza se castigan no solo los daños sino también las «conductas» atentatorias contra el medio ambiente. 3º) Se castiga la actitud oportunista de ciertos sujetos que situados en países con elevados niveles de protección del medio ambiente, causen daños ambientales en Estados con niveles inferiores de protección.

75. Y esta idea de «protección conflictual reforzada» encaja bien con el creciente interés político que en los Países Bajos han despertado las actividades de corporaciones –neerlandesas¹⁰⁸– en el extran-

¹⁰⁴ A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 50-51.

¹⁰⁵ Ciertamente es que también podría considerarse, más allá del fallo de supervisión, la dirección «unitaria». Pero tratar dos personas jurídicas independientes como una sola es un «remedy of last resort» en el Derecho neerlandés, que será apreciable sólo en casos muy excepcionales.

¹⁰⁶ Entre otros autores: F. KNOEPFLER, PH. SCHWEIZER Y S. OTHENIN-GIRARD (Vid. A.L. CALVO CARAVACA ET. AL, *op. cit.*, p. 991).

¹⁰⁷ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del derecho conflictual en Europa: el reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)», en *La Ley*, N° 6811, Madrid, octubre 2007.

¹⁰⁸ Philips, Unilever, Shell, ING, KPN, AkzoNobel y Heineken, entre otras. Vid. <http://www.holanda.es/es/negocios-con-holanda/negocios-con-holanda/¿por-qué-hacer-negocios-con-holanda/orientación-internacional> [Consulta: 22/02/2013].

jero, manifestado en las numerosas cuestiones sobre ello presentadas al Parlamento neerlandés en los últimos años¹⁰⁹. Los Países Bajos acogen un gran número de sociedades multinacionales, como Phillips, Shell, Heineken, entre otras, en parte por su atractivo régimen –fiscal, en particular– para los negocios¹¹⁰. Para algunos autores esta abundancia de multinacionales es un motivo de peso para que el Derecho neerlandés provea una vía para la litigación, ofrezca a los demandantes remedios efectivos. El interés de los académicos en esta cuestión, que había sido –en contraste al interés político y social– bastante escaso, se ha visto y se verá previsiblemente incrementado tras las últimas sentencias.

b) ¿Qué habría ocurrido bajo la vigencia del Reglamento Roma II?

76. ¿Habría cambiado la aplicación del Reglamento Roma II las conclusiones del caso? Bajo la vigencia de Roma II, y dado que se trata de una materia –el daño medioambiental– expresamente prevista en su articulado, habría que estar a lo dispuesto en el artículo 7: «*La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño*». Salvo que los demandantes ejercieran el derecho de elección que le confiere el artículo 7 en el momento en el que determine la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano judicial (esto es, de los Países Bajos) –según el considerando 25 del Roma II–, la ley aplicable sería la del país donde se *produce* el daño con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño (artículo 4.1). La principal diferencia que al respecto podemos pues encontrar en casos que pudieran ser juzgados por hechos generadores ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Roma II, es esa *facultad de elección de la víctima*¹¹¹ del daño medioambiental, que, según algunos autores¹¹², también puede aplicarse a casos de fallos de supervisión por parte de la matriz.

77. Con independencia de las críticas y alabanzas que esta facultad de elección ha despertado en la doctrina, de nuevo nos topamos con la interpretación del «hecho generador del daño» en ilícitos a distancia: ¿debe ser considerada la causa inmediata la acción de la filial –por ejemplo, no adoptar medidas concretas de seguridad para evitar el sabotaje–? O, dado que la responsable última de las políticas, medidas de seguridad y dirección del grupo es la matriz, y ésta no salvaguardó adecuadamente la seguridad –por una decisión o falta de ella–, ¿la verdadera acción causal del daño o «hecho generador» –sin la cual no se habría producido el mismo– se localiza en el lugar en el que la matriz tiene su centro de operaciones?

78. Al analizar el nexo de causalidad entre un resultado dañoso y una determinada acción muchas han sido las teorías que la doctrina ha utilizado para determinar la responsabilidad¹¹³. Desde luego, en base

¹⁰⁹ Vid. N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 837-838: «These questions have addressed, inter alia, Unilever's involvement in child labor practices in India and Shell's activities in Nigeria. The aforementioned incident involving Transfigura, and the illegal dumping of the waste carried by the Probo Koala in particular, led to political commotion during a special parliamentary debate in September 2006.»

¹¹⁰ Vid. M. VAN DIJK ET AL, *The Netherlands: A tax heaven*, 2006, disponible en: http://somo.nl/publications-en/Publication_1397 [Consulta: 27/02/2013].

¹¹¹ Justificada por evitar los efectos negativos que tenían tanto el criterio de aplicar la ley del lugar del acto dañoso como la ley del lugar del daño de manera exclusiva. De esta manera, la víctima podría elegir el ordenamiento más beneficioso entre aquellos razonablemente conectados al litigio. Vid., G. BALLESTEROS PINILLAS, «La contaminación transnacional en el Reglamento Roma II», *Revista electrónica de Derecho ambiental*, N°21, junio 2010; disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/21/01_taciana_marconatto_damo_cervi2.html [Consulta: 25/02/2013]. También en la exposición de motivos, Considerando 25, del Reglamento Roma II: «En cuanto a los daños al medio ambiente, el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección de la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima».

¹¹² L. ENNEKING, «Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European foreign direct liability cases», *The George Washington International Law Review*, 2010, p. 928, citado en: A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 53.

¹¹³ Teoría de la Equivalencia de Condiciones o de la Condición *sine qua non*; teoría de la Causa Próxima.; teoría de la Causa Eficiente; teoría de la Causalidad Adecuada, entre otras. Vid. BALLESTEROS PINILLAS, G., *op.cit.*

a una interpretación teleológica del artículo 7, poco sentido tendría la facultad de elección que aquél recoge si se considera que el hecho generador del daño es el «inminente» o directo, ya que entonces coincidiría en prácticamente todos los casos de ilícitos a distancia transnacionales, con el lugar en el que se verifica el hecho dañoso. Por tanto, la víctima no tendría ninguna facultad de elección. Por otra parte, hacer recaer sobre las víctimas la carga de la prueba acerca de las relaciones filial-matriz sin ayuda de otros instrumentos legales (como indicios, presunciones, etc.) puede en la práctica convertir en irrealizable dicha facultad de elección si es necesario demostrar que el «hecho generador» ocurrió en un país distinto –el de la matriz– al de verificación del daño. Aunque la teoría de la causalidad adecuada¹¹⁴ parece la más indicada para orientar la aplicación del artículo 7 y, aún respetando el tenor literal del Reglamento, hacer viable el principio de favor a la víctima y reforzar el deber de cuidado de las matrices de grupos societarios en sus políticas medioambientales y de seguridad, los requisitos probatorios y su articulación procesal en un momento previo a la valoración del fondo del asunto, deberían ser revisados para facilitar el disfrute real de la facultad de elección por parte de la víctima y la estimación de la posible responsabilidad de la matriz.

79. Si bien es cierto que gran parte de la doctrina ha rechazado la identificación del nexo causal con el lugar del acto dañoso –en favor del lugar del «resultado»– argumentando que las normas de responsabilidad civil persiguen hoy una naturaleza indemnizatoria y no una función «penalizadora» del autor (más propia del Derecho penal)¹¹⁵, también es importante considerar la especial naturaleza de los supuestos que analizamos, donde las reparaciones se buscan por particulares frente a las actividades de grupos societarios multinacionales que dañan derechos y bienes especialmente protegidos en los ordenamientos jurídicos europeos. En el caso de daños ambientales, en muchos de los países en los que éstos se verifican, la regulación penal de los ilícitos ambientales, su concreción procesal y, finalmente, su estimación y ejecución judicial es prácticamente impensable, bien porque la regulación sea inexistente o muy deficiente, bien por la dificultad de probar responsabilidades penales por ese tipo de daños causados por empresas a personas concretas, por la corrupción del sistema judicial o bien, extraterritorialmente, por la dificultad de que se acepte la jurisdicción, entre otros. La vía civil, en sede de responsabilidad extracontractual, permite que, al menos, las empresas respondan por los daños que los particulares sufren a consecuencia de su actividad y evita la impunidad de una conducta ilícita que nace como consecuencia de una infracción de comportamientos exigibles o por transgresión de normas legales (responsabilidad por culpa). Por ello, que pueda resultar aplicable, en caso de ser más favorable a las víctimas, la ley del hecho generador, parece conveniente.

80. Si pudiera considerarse a los Países Bajos como lugar del hecho generador del daño, la ley aplicable al litigio sería la que eligieran los demandantes; en este caso, *Milieudefensie et al.*, a tenor de lo expuesto en la demanda y en el resto de escritos procesales, habría sido la ley neerlandesa, con exclusión del reenvío en virtud del artículo 24 del Reglamento, si bien la parte demandante afirma que «*la aplicabilidad del Derecho neerlandés o del nigeriano no reviste mayor relevancia, ya que no entran en conflicto (...) y ambos reconocen la comisión de un acto ilícito, más específicamente la violación de la diligencia debida, como acto generador de la responsabilidad*¹¹⁶». Por ello, la parte admite que el resultado legal sustantivo en base a la aplicación de ambos regímenes legales sería el mismo. Esto, a la vista de cómo se desarrolló el juicio, puede ser discutible, si bien no entraremos a analizar en este artículo los dos ordenamientos jurídicos comparativamente por limitaciones de espacio. Pues bien, es la aplicación del Derecho nigeriano la que determina el sentido de la sentencia del tribunal neerlandés, como veremos a continuación con detalle.

¹¹⁴ Fue formulada en 1871 por el jurista L. VON BAR y desarrollada en 1888 por J. VON KRIES. Según ésta, «no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata». Vid. F. PANTALEON PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AA.VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990.

¹¹⁵ Entre otros, E. VITTA, G. BALLADORE-PALLIERI, P. MAYER. Citados por A.L. CALVO CARAVACA ET. AL., *op.cit.*, p. 976.

¹¹⁶ Traducción de la autora. Paragraphs 19, 20 of *Writ of Summons*, *op. cit.*

C. Sentencia bajo el Derecho de Nigeria. Caso *Ikot Ada Udo*.

81. Las sentencias que dictó el Tribunal de Distrito de La Haya el 30 de enero de 2013, reconociendo sólo la responsabilidad de SPDC en uno de los casos y en ninguno la de la matriz, han provocado diversidad de opiniones y valoraciones. Los demandantes encuentran en la estimación parcial una pequeña victoria, ya que es la primera vez que no sólo se consigue que un tribunal neerlandés reconozca su competencia sobre una empresa extranjera por daños ocurridos en otro Estado, sino también porque se ha conseguido reconocer la responsabilidad de una filial en Nigeria por los daños medioambientales causados por unos vertidos que, con la debida diligencia, podrían haberse evitado a juicio del tribunal. Sin embargo, manifestaron su decepción por la desestimación de las otras reclamaciones para casos similares y por el hecho de que la matriz no fuera encontrada responsable en ningún caso, cuestiones por las que recurrirán la decisión del tribunal neerlandés¹¹⁷. En concreto, estudiaremos los puntos relevantes de la sentencia del tribunal para el único caso parcialmente estimado, el del Sr. *Akpan vs. Shell et al.*

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

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

83. Este punto es determinante. De hecho, ninguna de las otras demandas fue estimada respecto de SPDC justamente porque se consideró que el sabotaje había sido la causa de los vertidos. Quizás por ello, las críticas por parte de los demandantes a la decisión del tribunal han sido varias: «*The plaintiffs find it incomprehensible that the court has allowed itself to be convinced by a number of blurry photos and poor quality video images submitted by Shell. With the plaintiffs, Friends of the Earth International remains convinced that poor maintenance is the cause of the spills. Even if sabotage is involved, Friends of the Earth International believes that Shell bears responsibility and is liable for the damage*»¹¹⁸. También Amnistía Internacional critica este punto: «*Aunque el sabotaje de oleoductos en el Delta del Níger es una de las causas de contaminación, no se trata en absoluto del gran problema que a la maquinaria de las relaciones públicas de Shell le gusta dar a entender (...) las afirmaciones de Shell sobre el sabotaje como causa de la contaminación han sido rechazadas por las comunidades y ONG, entre otras, Amnistía Internacional. (...) Al estudiar las alegaciones de los cuatro agricultores –sobre los fallos operativos y no sabotaje como causa de los vertidos– el tribunal neerlandés tuvo que depender de los informes de investigación de los vertidos de petróleo elaborados por la propia Shell*».¹¹⁹ De hecho, así lo corrobora de manera más documentada un informe de Amnistía Internacional del año 2009¹²⁰ y las investigaciones realizadas por la ONG Milieudefensie¹²¹.

84. Partiendo de la información disponible, quizás el recurso a la evidencia aportada por las partes para probar esta cuestión tan esencial en el proceso es insuficiente en cuanto a las garantías, teniendo

¹¹⁷ FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL (FOEI), *Dutch Court ruling against Shell a partial victory*. 30/01/2013. Disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2012/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 9/02/2013]

¹¹⁸ FOEI, *op.cit.*

¹¹⁹ A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), «La contaminación causada por Shell en el Delta del Níger: lo bueno, lo malo y la búsqueda incesante de la justicia», 5/02/2013. Disponible en: <http://livewire.amnesty.org/es/?p=7293&preview=true/> [Consulta: 10/02/2013].

¹²⁰ Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Nigeria: contaminación y pobreza en el Delta del Níger», AFR 44/017/2009, p. 19. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/NIGERIA%20PETRÓLEO%20CONTAMINACIÓN%20Y%20POBREZA%20EN%20EL%20DELTA%20DEL%20NÍGER?CMD=VEROBJ&MLKOB=27598612319> [Consulta: 13/02/2013].

¹²¹ Vid. M.J. HAN VAN DE WIEL, «Oil pollution in Nigeria. Sabotage or rust?» Jun 2012. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/down-to-earth-magazine/artikelen/oil-pollution-in-nigeria.-sabotage-or-rust> [Consulta: 10/2/2013].

en cuenta la desigualdad entre las partes en cuanto a la posibilidad de aportar y elaborar evidencias. En este caso, Shell et al. tiene no solo más información acerca de estadísticas -elaboradas por ellos mismos- de sabotaje y vertidos, sino que además tienen a su disposición medios infinitamente mayores para contratar peritos y obtener pruebas que sean favorables a sus intereses. En este caso, quizás fuere conveniente hacer uso de mecanismos de cooperación judicial o de comisiones de prueba dentro del proceso compuestas por un perito independiente acompañado de un experto por cada parte procesal (como ocurrió en el caso *Chevron*¹²² en Ecuador) para verificar el estado de los oleoductos, recabar testimonios de la comunidad y hacer cuantas indagaciones fueran necesarias en terreno. Más adelante volverá a comentarse la cuestión de la prueba y su acceso por parte de las partes en este proceso.

b) *Tort of negligence*

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

85. Las *obligaciones extracontractuales en la ley nigeriana* no responden a un término genérico que las agrupe, sino que son reguladas de manera específica y desarrolladas en la jurisprudencia de manera particular, como ocurre en los sistemas de *common law*. Bajo la ley nigeriana, la responsabilidad de un operador como SPDC por los daños resultantes de vertidos de petróleo está parcialmente regulado en una ley: *Nigerian Oil Pipelines Act*, 1956.

86. Según éstos, el ilícito de negligencia (*tort of negligence*) se comete, según la jurisprudencia¹²³, en el caso de que el acusado incumpliera un deber de cuidado y esto resultara en daño para el demandante. Según la ley nigeriana, del *common law*, ese deber de cuidado se determina en base a tres criterios establecidos por la jurisprudencia inglesa¹²⁴:

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

87. La valoración de estos tres criterios se realiza caso por caso y por comparación con antecedentes similares, con un «*enfoque progresivo*», tal y como se denomina tanto en la jurisprudencia nigeriana como inglesa.

88. El tribunal también precisa que, respecto a la responsabilidad de RDS, no existe un deber de cuidado genérico que implique que el demandado deba evitar *daños al demandante que son consecuencia de prácticas de terceros*, salvo que se den determinadas circunstancias desarrolladas en la sentencia *Smith vs. Littlewoods* (1987, House of the Lords)¹²⁵:

- i) Existía una relación especial entre el demandado y el demandante porque el primero asumió un deber de cuidado respecto a éste último.
- ii) Existía una relación especial entre el demandado y el tercero que infligió el daño basada en que el demandado tenía que supervisar o ejercer algún tipo de control sobre el tercero.

¹²² Información completa en *Business & Human Rights Resource Centre*, <http://business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador>

¹²³ *Donoghue (or McAlister) vs Stevenson*, [1932] All ER Rep 1; [1932] AC 562; House of Lords. Disponible en: <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm> [Consulta 9/2/2013].

¹²⁴ *Caparo Industries plc vs. Dickman* [1990] 2 A.C. 605; House of the Lords. Disponible en: http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/CAPARO_1.pdf [Consulta 9/2/2013].

¹²⁵ *Maloco and Smith v Littlewoods Organisation Ltd* [1987], UKHL 18, 2 WLR 480, AC 241, House of Lords. Disponible en: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1987/1987_SC_HL_37.html [Consulta el 10/02/2013].

- iii) El demandado creó una situación peligrosa que podría ser aprovechada por un tercero y de esta manera causar el daño.
- iv) El demandado sabía que un tercero había creado una situación peligrosa pudiendo influir el demandado en ésta.

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

ii. ¿Es la matriz responsable?

90. A tenor de lo expuesto, no se aprecia responsabilidad por negligencia de la empresa matriz, RDS. Este punto es de especial importancia ya que la responsabilidad de la empresa matriz por actividades de la filial era una de las cuestiones más controvertidas y que podrían tener un mayor impacto jurídico a nivel internacional. Tal y como previamente se ha explicado, dado que no existe ningún deber de cuidado genérico que implique evitar que terceros causen daño¹²⁶, una empresa matriz como RDS no tiene obligación de impedir que sus filiales, como SPDC, causen daño a terceros con sus operaciones, salvo que se den las circunstancias mencionadas en la jurisprudencia (*vid. Smith vs. Littlewoods, cit. supra*), para lo que, según E. Hassink, portavoz de Milieudedefensie, «*hay que demostrar que la dirección efectiva de la filial se determina desde la empresa matriz*».¹²⁷

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

92. El caso alegado por la parte actora para defender la responsabilidad de RDS, *Chandler vs. Cape*¹²⁸, no es valorado como precedente válido para el caso ya que no se basa en los mismos presupuestos, porque en ese caso se trataba de dilucidar si existía deber de cuidado por parte de una empresa matriz respecto de los empleados de la filial respecto a la política de salud y seguridad laboral. Sobre esto el tribunal concluye que dicho deber existe si:

- i) los negocios de la filial y la matriz son esencialmente los mismos.
- ii) la matriz tiene más conocimiento -o debería tener más conocimiento- de algún aspecto concreto del tema de seguridad y salud laborales que la filial.
- iii) la matriz sabía o debía haberse dado cuenta de que las condiciones de trabajo en la filial no eran apropiadas (para la salud y seguridad).

¹²⁶ Esta conclusión quizás habría variado en caso de que el Derecho aplicable fuese el neerlandés, en el que se reconoce una responsabilidad por actos de terceros valorable caso por caso según la gravedad del daño, el grado de riesgo asumido, el conocimiento previo de la empresa -si sabía o debía haber sabido cómo era la situación local-, la respuesta que dio ante los hechos que conoció o debió haber conocido y la dificultad de tomar medidas de precaución, entre otros criterios que valorará el juez según «the unwritten law» (artículo 6:162 del Código civil).

¹²⁷ M. RODAL, «La justicia holandesa condena parcialmente a Shell Nigeria por los vertidos», *El Confidencial*, 30/01/2013. Disponible en: <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/01/justicia-holandesa-condena-parcialmente-shell-nigeria-20130130-88993.html> [Consultado el 10/02/2013].

¹²⁸ *Chandler v Cape plc* [2012], *op. cit.*

- iv) la matriz sabía o debía haber previsto que la filial o sus empleados confiaban en que ella usaría su conocimiento superior para protegerles. En el caso de *Chandler vs. Cape* el tribunal aceptó como suficiente para verificar este requisito el hecho de que la matriz hubiera intervenido con anterioridad en las operaciones de negocio de la filial.

93. Respecto al caso en Nigeria, el tribunal afirma no poder asemejar el caso porque la proximidad entre empleados y matriz y la de «vecinos del lugar» y matriz no es la misma siendo la segunda mucho más lejana y difusa, algo que haría responsable a la matriz de un grupo internacional de empresas frente a un número ilimitado de personas en muchos países. Por otra parte, y en consecuencia de esto, no es tan justo, razonable y equitativo asumir dicho deber de cuidado, menos aún si tenemos en cuenta que se trata de daños provocados no por la filial, sino por otro tercero (porque se considera la causa el sabotaje). Es decir: el punto i) no se da porque mientras que RDS se dedica a la política general, a gestionar los riesgos y a formular una estrategia de negocio desde La Haya, SPDC se dedica a la producción de petróleo directa en Nigeria. Además, el tribunal considera que ni los puntos ii) ni iii) están suficientemente probados como para ser estimados. Por ello, el caso de *Chandler vs. Cape* no es precedente para éste y esta conclusión, unida al resto de circunstancias y alegaciones, hacen que no pueda admitirse la existencia de un deber de cuidado de RDS sobre las actividades de su filial para prevenir daños causados por terceros y, por tanto, que no pueda apreciarse ningún ilícito por negligencia y por tanto tampoco responsabilidad frente a los demandantes.

94. Aunque no es el objetivo de este artículo analizar el Derecho aplicable en detalle, lo cierto es que, a primera vista, la aplicación del Derecho neerlandés en lugar del nigeriano tampoco da a priori una solución determinada y clara a estas preguntas, ya que según el artículo 6:162 del Código civil, el juez deberá valorar si se respetó el «debido cuidado»¹²⁹ con una «*right and proper conduct in accordance with unwritten law*»,¹³⁰ si bien existen interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que perfilan mejor dicho artículo¹³¹.

iii. Posible denegación de justicia. La solicitud de pruebas

95. En relación a la responsabilidad de la matriz, la valoración de la sentencia por parte de Milieudéfensie et al. ha sido claramente negativa, remarcando el hecho de que se les ha denegado el acceso a las pruebas que demuestran que RDS determina los asuntos de su filial SPDC diariamente, es decir, que gestiona o dirige a la filial, además de que es propietaria del 100% de sus acciones y los beneficios de la filial en su totalidad (estimados en 1800 millones de euros al año) se depositan en Los Países Bajos. Geert Ritsema, de la ONG Milieudéfensie, hacía la siguiente crítica: «*Apparently our justice system allows a company to pocket the profits from a foreign subsidiary without being held liable for the damage it causes while producing those profits*»¹³².

¹²⁹ «*In this situation, acts or omissions of the parent company are considered to be in violation of a domestic liability standard*». Vid. N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, «Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1351768> [Consulta: 28/02/2013].

¹³⁰ Este mecanismo ha sido utilizado en varias ocasiones en tribunales británicos. Vid. *Lubbe vs. Cape PLC*, (2000) 4 All E.R. 268 (Eng. H.L.); *Sithole vs. Thor Chem. Holdings Ltd.*, (1999) T.L.R. 110 (Eng. C.A.); *Connelly vs. RTZ Corp.*, (1997) 4 All E.R. 335 (Eng. H.L.); *Ngcobo vs. Thor Chem. Holdings Ltd.*, (1995) T.L.R. 10 (Eng. C.A.). Citados por N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 837, footnote 12.

¹³¹ Para un análisis de su interpretación vid. A.G. CASTERMANS & J. M. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 21-23 y 38-40. Para el Derecho neerlandés, la regla general es que las filiales -jurídicamente independientes- son responsables de sus propios actos. Sin embargo, cuanto mayor sea el control que la matriz ejerce o podría ejercer sobre la política de la filial y su implementación, más probable es que, en una valoración individualizada del caso, se aprecie su responsabilidad por un fallo de supervisión de las actividades de la filial. Los códigos de conducta pueden proveer criterios de valoración para apreciar si la matriz incumplió el deber de salvaguardar determinados estándares internacionalmente reconocidos. Esta opción legislativa que reconoce el Derecho neerlandés parece más interesante desde el punto de vista de la prevención del daño que la herramienta excepcional del levantamiento del velo, ya que en vez de desincentivar el deber de vigilancia de las matrices sobre sus filiales (ya que ante la posibilidad de que se levante el velo mientras menos «sepan» de la actividad de sus filiales y menos conexiones existan entre ellas menor será el riesgo de ser responsables), lo incentivarían, evitando los obstáculos asociados a la misma (qué ley aplicar, cómo determinar la legitimación pasiva, cómo salvar la falta de precedentes y criterios, etc.). Vid. N. JÄGERS & J.M. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p.843.

¹³² FOEI, *op. cit.*, 30/01/2013.

96. Sin duda continúa siendo la prueba la cuestión más difícil que afrontan los demandantes en este tipo de litigios. Y esta es una cuestión fundamental. La parte actora en sus alegaciones solicita, en repetidas ocasiones, que Shell et al. aporten documentos que sólo ellos pueden aportar y que clarificarían tanto la situación de influencia de RDS sobre la filial como la causa de los vertidos¹³³. El tribunal no reconoce esta petición en ninguna de las ocasiones. Esto puede ser un punto importante de cara al recurso que presentarán los demandantes en los meses próximos. Lo cierto es que el tribunal hace una interpretación restrictiva del artículo 843a del Código civil neerlandés, de manera que si la parte actora no prueba suficientemente el interés determinante en obtener un documento concreto, no se estima su «legítimo interés» y, por tanto, será denegada su petición.

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

98. La cuestión aquí es si esa exigencia es razonable cuando se trata de garantizar la defensa y la igualdad de armas en el proceso; es decir, hasta qué punto es necesario fundamentar la necesidad del documento –siempre que sea razonable y esté conectado con el caso, en una interpretación más favorable a las víctimas del «legítimo interés»– dada la desigualdad evidente entre las partes; hasta que punto es la motivación del tribunal razonable y, por tanto, suficiente. El perjuicio que puede causar denegar a una parte la posibilidad de acceder a determinados documentos que finalmente si fueran relevantes frente al que causa el hecho de que se aporte, en el peor de los casos, un documento «inútil» al proceso, es infinitamente mayor en términos de administrar justicia de manera eficaz y eficiente que el de aceptarlo, siempre que de entrada parezca razonable, útil y pertinente. Ello sin entrar en posibles consideraciones acerca de si una interpretación tan exigente de los requisitos del artículo 348a del Código de procedimiento civil neerlandés pudiera suponer una denegación de justicia –de un proceso con todas las garantías– en base a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁴, sobre todo si tenemos en cuenta el tipo de motivación empleada por el tribunal en la denegación.

99. Al respecto se pronunciaba Amnistía Internacional en el informe citado *supra.*: «A lo largo de toda la sentencia queda patente que los agricultores sencillamente no tuvieron acceso a la infor-

¹³³ Basándose en los artículos 22, 150 y 834a del Código de Procedimiento civil neerlandés, los demandantes solicitan los documentos: «For an important part of the propositions of the plaintiffs it applies that the further substantiation thereof is only possible by means of documents that they do not have at their disposal. These documents are at the exclusive disposal of the defendants. (...) A reasonable and balanced litigation that enables the actual implementation of the substantive standards on the acts and omissions of defendants, therefore brings along the defendants must be enforced to provide the information requested by plaintiffs in order to accommodate plaintiffs to their furnishing of evidence. (...) This would result in an increased duty of care to produce prima facie evidence for defendants and a shift of (part of) the burden of proof to defendants». (Vid. paragraphs 346-360 *Writ of summons, op.cit.*)

¹³⁴ Si esta denegación de documentos pudiera constituir una violación del derecho consagrado en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos que el tribunal neerlandés si se ve obligado a respetar con independencia de que esté aplicando una ley extranjera al fondo del asunto (Vid. L. KIESTRA, «Human Rights and International Private Law», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1/ 2011) es una cuestión que podría analizarse a la luz de la jurisprudencia y de la interpretación de dicho artículo.

mación y los conocimientos necesarios para refutar las afirmaciones de Shell. (...) Con arreglo a las normas jurídicas neerlandesas, a fin de obtener de Shell los documentos necesarios, los agricultores prácticamente tenían que probar su alegación antes de que diese comienzo el juicio. Su solicitud de documentos fue denegada. Cuando una parte tiene todas las bazas, unas reglas de divulgación tan restrictivas pueden ser un obstáculo para que se haga justicia. Lo que quiere decir que las profundas desigualdades de poder se perpetúan. Ya es hora de que los tribunales comiencen a reconocer la considerable desigualdad de armas en este tipo de causas e interpreten y apliquen las normas de una manera que subsane los desequilibrios».

iv. ¿Es la filial responsable?

100. No se aprecia responsabilidad de SPDC en base a la sentencia en *Rylands v Fletcher*¹³⁵, ya que según la ley de Nigeria (Section 11 (5) (c) and (4) (c) Nigerian Oil Pipelines Act, 1956), SPDC sería responsable del daño siempre que los vertidos no hubieran sido causados por sabotaje o con responsabilidad de la víctima de los daños. Al reconocerse el sabotaje como causa directa de los daños no es posible reconocer dicha responsabilidad como sugiere Milieudéfensie, ni siquiera por el hipotético deber de responder adecuadamente a los vertidos o limpiar la contaminación, ya que eso no encaja en dicho texto legal. Por la importancia de la prueba de si existió o no sabotaje para el resto del litigio y sus resultados, la cuestión probatoria -igualdad de armas, imparcialidad, etc.-reviste especial importancia como ya hemos argumentado previamente.

101. Sí aprecia el tribunal *responsabilidad por negligencia* (la comisión de «tort of negligence»¹³⁶) por parte de SPDC ante Akpan en la *ocurrencia de los vertidos*, aunque no así en la respuesta ni en la reparación o limpieza de los mismos. Lo primero se estima porque el tribunal encuentra que SPDC no aseguró suficientemente el pozo IBIBIO-I frente a las frecuentes y previsibles prácticas de sabotaje, que fueron cometidas de una manera muy simple (abriendo las válvulas), habiendo sido esto muy fácil de evitar para la empresa en todo el tiempo previo al sabotaje, a un coste muy bajo. En su opinión, como operador que actúa razonablemente, debería haber asegurado adecuadamente el pozo, pudiendo con ello haber limitado considerablemente o incluso anulado el riesgo tan alto y obvio de sabotaje. Como las partes no muestran desacuerdo en el hecho de que los vertidos podrían no haber ocurrido si el pozo hubiera sido adecuadamente cerrado antes de 2006, se aprecian los requisitos necesarios (de causalidad, proximidad, razonabilidad y previsibilidad) para determinar que existía un deber de cuidado que no fue atendido y que por tanto sí da lugar a responsabilidad de SPDC frente a Akpan.

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

102. Habría sido interesante, a la vista de los resultados y argumentaciones expuestos, que el tribunal hubiera clarificado qué pasaría en caso de que no hubiera sido el sabotaje la causa de los vertidos sino la inadecuada protección o mantenimiento de las instalaciones, respecto de la responsabilidad de la matriz. Reconocer el sabotaje como causa de los vertidos deja escaso margen a la responsabilidad, tanto de RDS como de SPDC; se limitaría pues a las medidas de seguridad adoptadas para evitarlo, razonablemente, teniendo en cuenta lo generalizado del fenómeno y en base a los métodos habituales utilizados. ¿Puede exigirse a una empresa de acuerdo al Derecho de Nigeria la adopción de medidas de seguridad a sabiendas de la conflictividad y de los usuales sabotajes? ¿Hasta qué punto se encuentra satisfecho este deber de cuidado con independencia del resultado final de que exista o no un vertido por parte de SPDC y,

¹³⁵ *John Rylands and Jehu Horrocks v Thomas Fletcher* [17 July 1868], UKHL 1, LR 3 House of Lords 330. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html> [Consulta: 12/02/2013].

¹³⁶ Podemos definir el «tort of negligence» como «el fallo en ejercer un estándar de conducta que una persona razonablemente prudente debió haber ejercido en una situación similar» (B.A. GADNER, *Black's Law Dictionary*, 8a Edición, Thomson West, 2004, pp. 3282 y s.; W. L. PROSSER, W.P. KEETON, *Prosser and Keeton on Torts*, 5a Edición, West Group, 1984, pp. 160 y ss.) Presenta los siguientes elementos característicos: 1) Un deber de cuidado, 2) El quiebre de dicho deber por una persona, 3) Un nexo causal entre la conducta y el daño que se produce por el quiebre del debido cuidado, y 4) Un daño actual, no futuro.

en su caso, de RDS? ¿Basta el hecho de conocer los riesgos y ser capaz de intervenir para evitarlos para que pueda estimarse la responsabilidad? Sin duda, la cuestión es cuanto menos discutible. En nuestra opinión la situación del país -en la que los sabotajes son frecuentes- era lo suficientemente grave y previsible como para que a una empresa que desarrolla actividades peligrosas directamente afectadas por las prácticas de sabotaje, se le exigiera un cuidado especial y la responsabilidad, si no ya objetiva -algo que en ausencia de ley no podía reconocerse-, presumible salvo prueba de la diligencia debida con un nivel de exigencia mayor -en las cautelas y medidas de seguridad- al que la sentencia que comentamos parece requerir.

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

103. Tampoco se estima la responsabilidad frente a Milieudéfensie porque el hecho de que sea parte legitimada según el 3:305 del código civil neerlandés para proteger intereses de terceros, no implica que el daño sufrido por esos terceros pueda ser considerado daño causado a Milieudéfensie. Además, en *common law*, no existe proximidad alguna, según el tribunal, entre SPDC y la ONG en Ámsterdam por ningún daño producido en Nigeria, y por tanto no puede apreciarse deber alguno de cuidado. Todo ello hace que se desestime la petición de reconocimiento de responsabilidad ante Milieudéfensie (petición III).

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

104. Tampoco se aprecia la comisión de un ilícito por negligencia, «*tort of nuisance*», por hechos cometidos por un tercero; es decir, el hecho de «no impedir» el sabotaje o no responder ni limpiar adecuadamente la zona no constituye un «*tort of nuisance*» en el marco de los derechos de licencia concedidos por el gobierno nigeriano a SPDC. Amnistía Internacional¹³⁷ señala esta deficiencia en la legislación nigeriana: «*constituye un grave problema dado que, si la limpieza de la contaminación de petróleo se realiza de manera inadecuada y sufre retrasos, pueden agravarse los daños causados al medio ambiente y los derechos humanos de las personas, en especial, el derecho a la salud, la alimentación, el agua y los medios de vida*».

105. El tribunal desestima ambas peticiones en relación a la respuesta insuficiente de SPDC a los vertidos y a su limpieza, ya que por un lado, la empresa no pudo entrar en los terrenos de la comunidad en repetidas ocasiones por negativas de la comunidad de Ikot Ada Udo hasta noviembre de 2007, admitiendo el tribunal los esfuerzos alegados por parte de la empresa para responder y remediar dichos vertidos. Por otra parte, en cuanto a la limpieza, el tribunal no reconoce la petición de los demandantes por encontrar que no está suficientemente probado que el método utilizado para la limpieza (*RENA method*) implique ya de por sí que la contaminación por petróleo de los vertidos no fue adecuadamente limpiada en esa zona concreta sólo en base a que en el informe de Naciones Unidas¹³⁸ para Ogoniland se considera poco efectivo, ni tampoco basándose en la afirmación de que los certificados emitidos por el gobierno no son fiables ni demuestran la limpieza efectiva.

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

106. Tampoco aprecia el tribunal un ilícito por usurpación de tierras (*tort of trespass to chattel*) contra Akpan. Asimismo ocurre con la alegada violación de sus derechos humanos -violación del dere-

¹³⁷ A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), *op. cit.*

¹³⁸ En efecto, 4 de agosto de 2011, la publicación del informe «Evaluación ambiental de Ogoniland», del Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente reveló problemas graves y sistemáticos en las actividades de limpieza de Shell en dicha región del Delta del Níger, que no cumplía con las normas medioambientales estipuladas en la legislación nigeriana ni tampoco con sus propias normas. El informe afirmaba que más de medio siglo de operaciones de explotación de los recursos petrolíferos en la región Ogoni -por empresas como Shell-, había causado un daño mucho más profundo que el que previamente había sido estimado. Si bien es cierto que, de los tres poblados vinculados a los juicios en Holanda, sólo uno, Goi, pertenece a la región Ogoni (Oruma está en el Estado Bayelsa e Ikot Ada udo en el Estado Akwa Ibom), este informe es aportado por los demandantes para reforzar sus tesis de falta de respuesta, daño medioambiental y limpieza inadecuada del territorio.

cho humano a la integridad física por vivir en un ambiente contaminado-, ya que según el tribunal no existe precedente jurisprudencial en Nigeria en el que se reconozca la responsabilidad de una empresa por violación de los derechos humanos de una manera «no activa», por negligencia («in horizontal relationships»), por actos cometidos por terceros –en este caso, por sabotaje–. En el precedente alegado por Milieudefensie et al., el caso *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Company (SPDC)*¹³⁹, la empresa había violado un derecho humano con su conducta activa y deliberada de quemar gas durante un largo período de tiempo¹⁴⁰.

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

107. A la vista de las críticas al resultado de aplicar el Derecho nigeriano que hemos mencionado, cabe preguntarse si la excepción de orden público podría haber jugado algún papel en aquellos puntos controvertidos. Especial interés merece el tema a la vista de la sentencia -histórica- dictada en diciembre de 2012 por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental en el caso *SERAP (Proyecto de Derechos Socioeconómicos y Rendición de Cuentas) vs. Nigeria*¹⁴¹, en la que se declara por unanimidad responsable al gobierno de Nigeria de los abusos cometidos por las compañías petroleras, dejando claro que el gobierno debe exigir responsabilidades. Igualmente el tribunal declara que Nigeria violó los artículos 21 (derecho a las riquezas y a los recursos naturales) y 24 (sobre el derecho a un medio ambiente general satisfactorio) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no proteger al Delta del Níger y a sus habitantes de las actividades de las compañías petroleras; por ello, se invita a *reforzar la legislación nigeriana* y las instituciones a fin de que sean más efectivas en esta línea porque no hacerlo constituye una violación de las obligaciones y compromisos internacionales de Nigeria en materia de derechos humanos.

108. Si tenemos en cuenta esta sentencia y todos los informes al respecto –de ONG, de la ONU, etc.–, ¿podríamos considerar que la aplicación del Derecho nigeriano, por ser insuficiente y no garantizar suficientemente los derechos humanos –empezando por el derecho a una tutela judicial efectiva, siguiendo por el derecho a vivir en medio ambiente satisfactorio, a la salud, etc.–, justificaría alegar una excepción de orden público para aplicar, en su lugar, el Derecho neerlandés¹⁴²? Si bien ya sabemos que esta excepción ha sido reconocida en escasas ocasiones (*vid.* nota al pie núm. 88), quizás debería interpretarse menos restrictivamente cuando el vínculo con el país en cuestión de la Unión Europea sea lo suficientemente fuerte o el riesgo de que la adecuada tutela judicial o el respeto a los derechos humanos no sea garantizada aplicando dicha ley sea alto y previsible. Ahora, con la vigencia de Roma II, la elección por parte del demandante del ordenamiento aplicable –si en el sentido de lo argumentado previamente, la elección es real entre dos ordenamientos diferentes– esta excepción podría ser menos necesaria en cuanto que lo previsible es que en la inmensa mayoría de los casos los demandantes elijan aquel ordenamiento que proteja con mayores garantías sus derechos y favorezca sus pretensiones.

¹³⁹ Disponible en: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/418-nigeria-gbemre-v-shell-petroleum-development-company-nigeria-limited-and-others-2005-ahr1r-151-nghc-2005.html> [Consulta: 15/02/2013].

¹⁴⁰ Para más información sobre DIPr y derechos humanos, *vid.* «Human Rights and International Private Law», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1/ 2011.

¹⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA DE ESTADOS DEL ÁFRICA OCCIDENTAL (CEDEAO), asunto *SERAP vs. Federal Republic of Nigeria*, ECW/CCJ/APP/08/09, 14/12/2012, disponible en: http://www.courtecawas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf

¹⁴² «Foreign law must be disregarded if that law or its application is in contravention of international public order under private law. This is the case if (the application of) the foreign law would infringe the fundamental principles of the Dutch legal system. The rule must be applied in a restrictive manner. The sole fact that the foreign law differs from Dutch law is insufficient grounds to invoke public order, even if the Dutch law in question is of a mandatory nature. If it is not the rule itself but rather its application that may potentially breach the public order, the assessment of this may then partly depend on the extent to which the case is linked to Dutch jurisdiction. Public order may be invoked, even if the regulation in question does not contain a provision to this effect». Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm [Consulta: 10/03/2013].

V. Conclusiones

109. Esta sentencia ha sido calificada como «histórica» en diferentes reseñas jurídicas¹⁴³ ya que es la primera vez que una compañía neerlandesa es juzgada en tribunales neerlandeses por daños medioambientales causados en el extranjero –fuera de la UE– por una de sus filiales, junto con ésta. A pesar de la conexión mínima que parece existir entre la jurisdicción neerlandesa y unos daños causados por una sociedad nigeriana en Nigeria, el tribunal admite su competencia con independencia de que la responsabilidad de la sociedad neerlandesa se estimara finalmente o no. Sin embargo, el hecho de que esa admisión del caso -por la competencia sobre ambas sociedades- se basara en un artículo de producción interna neerlandés, limita el impacto y la posibilidad de hablar de una tendencia en el seno del espacio de justicia europeo a menos que se produzcan modificaciones legislativas, las cuales, como hemos argumentado en el trabajo, parecen bastante razonables y convenientes a la vista de la realidad económica y empresarial, de la evolución de las relaciones intra-grupos y de la importancia del bien jurídico, interés colectivo difuso, que está en juego: el medio ambiente.

110. Sin duda, la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos de los países de la UE pudieran representar una vía alternativa para las víctimas de daños medioambientales de países empobrecidos es bastante relevante. Independientemente del ordenamiento aplicable, el Derecho procesal y las garantías del debido proceso serán en muchas ocasiones más beneficiosos para las víctimas, como ocurre en este caso con el Derecho procesal neerlandés (que permite la participación de ONG, es menos probable la corrupción, etc.). Esto sin olvidar la visibilidad y repercusión que el hecho de que una multinacional neerlandesa sea juzgada por tales daños o violaciones de derechos humanos en la misma UE puede tener ante la sociedad civil y sus representantes políticos.

111. En el proceso de reforma de Bruselas I se sugirió incorporar ciertas normas uniformes para la determinación de la competencia en caso de demandados o codemandados no domiciliados en un Estado contratante¹⁴⁴, pero no se han logrado incorporar al texto definitivo¹⁴⁵. Esperemos que, tal y como apunta su nuevo artículo 79, se pueda avanzar en este sentido en un futuro próximo, para lograr mayor seguridad jurídica, homogeneidad y la apertura en la UE de una vía de justicia efectiva -coherente, uniforme y cierta- en estos casos, con independencia de que otros tribunales -los del lugar del daño- fueran también competentes si allí se presentase la demanda.

112. Desde luego, no se trata de «meter las narices» en otros países ni de atribuirse funciones exorbitantes; se trata de salvaguardar el comportamiento *adecuado* -acorde a códigos internacionalmente aceptados de conducta y a valores y derechos esenciales unánimemente reconocidos- de empresas domiciliadas en Europa y vinculadas fuertemente al mercado europeo, ya sean filiales o matrices, frente a una cuestión esencial que está en la base de la fundación europea, como es la protección de los derechos humanos, íntimamente vinculados con el medio ambiente, y de los intereses generales y difusos que afectan a éstos y, también, al funcionamiento del mercado interior. Por otra parte, el poder económico y empresarial que tienen las empresas matrices respecto de sus filiales no debe ser ignorado o minusvalorado por las teorías clásicas de la responsabilidad civil: sus complejas estructuras exigen cambios que

¹⁴³ Entre otros vid., R. ALFORD, «Dutch Court Issues Mixed Ruling on Shell's Liability for Nigerian Environmental Claim», *Opinio Iuris Blog*. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2013/02/05/dutch-court-issues-mixed-ruling-on-shells-liability-for-nigerian-environmental-claim/> [Consulta: 12/05/2013]; MILIEUDEFENSIE, «Response to the verdict», *FOEI website*. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/english/pressreleases/milieudefensie-response-to-the-verdict-in-the-shell-nigeria-court-case> [Consulta: 12/05/2013]; M.J. VAN DER HEIJDEN, «Unique case against Shell: the first Dutch foreign direct liability case», *Weblog of the Netherlands School of Human Rights Research*, February 8, 2013. Disponible en: <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2013/02/08/%EF%BB%BFunique-case-against-shell-the-first-dutch-foreign-direct-liability-case/> [Consulta: 12/05/2013].

¹⁴⁴ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde revisión Reglamento 44/2001*, op. cit., p.175

¹⁴⁵ Lo cual ha sido valorado negativamente por la doctrina. Vid., entre otros, P.M. ASENSIO, *El nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Diciembre 2012. Disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2012/12/el-nuevo-reglamento-bruselas-i-bis.html> [Consulta: 28/02/2013].

equilibren las relaciones respecto de las posibles víctimas de daños causados por sus actividades, que establezcan un régimen exigente de «*debido cuidado*» de las matrices sobre las políticas comunes de seguridad, protección medioambiental y respeto por los derechos humanos de forma que actúen «*como si en Europa se hallasen* -sus filiales-». Sin ánimo de hacer demagogia, se hace difícil pensar que si la filial de una empresa matriz neerlandesa estuviera ubicada en Francia, los daños producidos, en su magnitud, recurrencia, duración y la actuación posterior de reparación y limpieza por parte de la empresa matriz y de la filial, habrían sido los mismos.

113. Es necesario garantizar que las lícitas estrategias de internacionalización de empresas no se conviertan en «paraísos» que permitan abusos de derecho ni agresiones al medio ambiente, ante los cuales la ubicación territorial y la nacionalidad de sus víctimas debe ser el factor menos importante para la justicia europea. Si tenemos una empresa con conexión europea -incorporación, sede, lugar de operaciones, capital, recepción de beneficios, etc.- entonces, los estándares mínimos de protección que se aplicarían en territorio europeo deben ser garantizados por sus matrices, al menos, ejerciendo adecuadamente su deber de vigilancia. Y en consecuencia, los tribunales europeos deben poder fiscalizar dichas actuaciones. Es una cuestión de justicia que, en nuestra humilde opinión, no debe olvidarse al analizar las múltiples teorías y disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales que, si bien son de gran importancia en el desarrollo del Derecho, no pueden hacernos perder de vista ni el sentido común ni los principios y valores básicos que están en la base de nuestra convivencia internacional, porque, siempre desde los cauces que prevén los Estados democráticos y de Derecho, la ley debe servir al ser humano y no viceversa.

114. En cuanto a la determinación de la ley aplicable, la aplicación de las leyes de conflicto neerlandesas deja pocas posibilidades de interpretación para argumentar la aplicación del Derecho neerlandés en lugar del nigeriano. Sin entrar a valorar si hubiera sido o no mejor para los demandantes la aplicación de otro ordenamiento jurídico, lo cierto es que este panorama ha cambiado -está por ver si también «en la práctica» o tan sólo como posibilidad teórica- con el Reglamento Roma II. La facultad de elección que ésta ofrece de manera específica para los casos de daños al medio ambiente parece justificada al hilo de la protección conflictual reforzada. Ahora bien, será clave en su desarrollo y aplicación cómo se interprete el «hecho generador del daño» para que las posibilidades de elección sean reales y no se convierta en una «prueba diabólica» para los demandantes. Para ello, podrían facilitarse soluciones en su interpretación jurisprudencial, como que se presuma *iusuris tantum* que en presencia de grupos societarios, el lugar en el que la matriz tiene su sede principal de operaciones es el «lugar del hecho generador del daño». Habrá que esperar a futuros casos en los que sí sea aplicable dicho reglamento para ver cómo se concreta tal facultad de elección, también en el caso de los daños previsibles no «verificados».

115. Al hilo del estudio de la sentencia, y en relación a los Derechos sustantivos, cabe preguntarse: ¿pueden los tribunales avanzar verdaderamente en la estimación de la responsabilidad de las matrices de grupos societarios sin que se produzcan cambios en la legislación? Existe un reguero de jurisprudencia y de casos desestimados por la difusión e insuficiencia de las disposiciones -procesales, societarias, civiles- involucradas en este tipo de supuestos. ¿En qué punto se encuentran los mayores escollos? Sin duda el Derecho internacional privado tiene parte importante de las soluciones, pero existen otros Derechos materiales que tienen mucho que decir¹⁴⁶ y que, sin anular el tan necesario desarrollo jurisprudencial del Derecho y sin caer en una hiperproducción de normas muchas veces inaplicables y complejas- deberían actualizarse a la vista de las complejas estructuras societarias, de la realidad de la actividad empresarial, de la difusión de las fronteras nacionales en las relaciones de responsabilidad, poder, control...y de los graves daños al medio ambiente y a los derechos humanos básicos que, y esto

¹⁴⁶ Por ejemplo, la regulación del «deber de vigilancia» intra grupos a modo de presunción para invertir la carga de la prueba y equilibrar así la igualdad de partes en el proceso civil; determinar una responsabilidad mancomunada (y/o subsidiaria de la matriz si la filial es insolvente en caso de que se aprecie la responsabilidad de ambas) en función del grado de responsabilidad que cada una tuvo en los daños (no es lo mismo infringir un deber de vigilancia de manera leve que cometer directamente negligencia en la supervisión directa de un oleoducto, por ejemplo); etc.

es innegable, están -de manera más o menos directa, con culpa o sin ella- ligados a las actividades de empresas multinacionales por todo el mundo, especialmente en países empobrecidos.

116. En definitiva, pareciera que esta sentencia reafirma la tendencia a juzgar la responsabilidad de las matrices en su propio país por las prácticas dañosas de sus filiales en terceros estados junto con éstas. Sin embargo, dado que ha sido una norma de producción interna la que ha permitido que los tribunales neerlandeses sean competentes y dado que Roma II aún no era aplicable, si esto es una anécdota o una tendencia meramente nacional o si en realidad implica -o puede promover- un avance en el marco de la Unión Europea en los litigios aceptados a trámite y estimados sobre responsabilidad civil de filiales no domiciliadas por daños ambientales en terceros Estados, está por ver. El resultado final de este caso -en segunda instancia-, el veredicto en el caso *Bodo*¹⁴⁷ y en cuantos litigios se presenten en los próximos años, los posibles cambios e interpretaciones de la regulación en materia de competencia y ley aplicable en el marco de la UE, así como la actualización de los Derechos sustantivos a una realidad empresarial y económica globalizada...podrán verificar o refutar dicha tendencia en los años venideros. De la creatividad del jurista y, sin duda, de la voluntad política, depende la solución a estos problemas. Esperemos que los cambios lleguen a tiempo y den respuestas justas y eficaces a los rápidos cambios de la globalización y construyan un espacio de justicia europeo coherente que lidere la protección jurídica del medio ambiente, en especial en lo que a la actividad de sus empresas se refiere.

¹⁴⁷ Caso *Bodo* en el Reino Unido (<http://www.amnesty.org/es/news/blog-el-juego-de-shell-2012-10-29>), *vid. supra*.