

LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR LOS DAÑOS INTERNACIONALES DERIVADOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

THE LAW APPLICABLE TO CORPORATE LIABILITY FOR INTERNATIONAL DAMAGE ARISING FROM CLIMATE CHANGE

ANA CRESPO HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. CAMBIO CLIMÁTICO Y RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS. II. LA APLICACIÓN DEL ART. 7 DEL REGLAMENTO DE ROMA II A LAS ACCIONES CLIMÁTICAS CONTRA EMPRESAS. III. RESPONSABILIDAD POR EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LEY DEL LUGAR DEL EVENTO Y DEL RESULTADO. IV. EL EFECTO DE LAS LICENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL EMISOR. V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

RESUMEN: Desde hace ya años, cada vez con más frecuencia, particulares y ONGs están interponiendo acciones de responsabilidad civil derivada del cambio climático contra las empresas emisoras de gases de efecto invernadero. Se trata de demandas dirigidas contra los mayores emisores a nivel mundial a los que se solicita una compensación por los daños que causa su contribución al cambio climático, la reducción progresiva de sus emisiones, o en algunos casos, ambas cosas. El elemento internacional en estos supuestos está asegurado, ya que el calentamiento del planeta es un fenómeno global, tanto en su origen como en sus consecuencias. El Reglamento de Roma II incluye las soluciones de ley aplicable que deben ser tenidas en cuenta en estos casos. En particular, su art. 7, previsto para los daños ambientales, también se aplica a los climáticos; sin embargo, resulta especialmente complejo determinar tanto la ley del evento generador como la del resultado, debido a la globalidad tanto de las emisiones causantes del cambio climático como de sus efectos, que tienen lugar en todo el mundo. Como los daños se producen en el marco del funcionamiento normal del sistema y como consecuencia de actividades empresariales autorizadas, resulta necesario estudiar qué incidencia tienen sobre la ley aplicable las licencias y permisos otorgados, considerando tanto el art. 17 RRII como las posibles especialidades del régimen europeo de comercio de derechos de emisión.

ABSTRACT: *For several years now, and with increasing frequency, individuals and non-governmental organizations have been initiating civil liability actions arising from climate change against greenhouse gas-emitting corporations. These claims are brought against the world's largest emitters and typically seek compensation for the harm caused by their contribution to climate change, the progressive reduction of their emissions, or, in some cases, both. The international dimension of such cases is inherent, as global warming constitutes a worldwide phenomenon—both in its origin and in its consequences. The Rome II Regulation provides the applicable law framework that must be considered in such cases. Specifically, Article 7, which addresses environmental damage, is also applicable to climate-related harm. However, it proves particularly complex to determine the law of the generating event or that of the result, due to the global nature of both the emissions contributing to climate change and their effects, which are felt across the globe. Since the alleged harm occurs within the normal functioning of economic systems and results from authorized business activities, it is necessary to examine the extent to which*

Fecha de recepción del trabajo: 15 de abril de 2025. Fecha de aceptación de la versión final: 2 de junio de 2025.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Rey Juan Carlos, ana.crespo@urjc.es. El germen de algunas de las ideas de este estudio se encuentra en las recogidas en mi nota sobre “International Climate Litigation against Companies: Issues of Applicable Law”, *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 28, 2004, 363-374.

permits and licenses influence the determination of the applicable law. This analysis should consider both Article 17 of the Rome II Regulation and the potential specificities of the European Union Emissions Trading System.

PALABRAS CLAVE: Ley aplicable, responsabilidad por daños climáticos contra empresas, lugar del evento generador, lugar del daño, normas de seguridad y comportamiento, régimen europeo de comercio de derechos de emisión (ETS)

KEYWORDS: *Law applicable; Corporate liability for climate-related damage; place of the event giving rise to the damage; Place of the damage; Rules of safety and conduct; European Union Emissions Trading System (EU ETS)*

I. CAMBIO CLIMÁTICO Y RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

1. El fenómeno de la litigación climática

1. El cambio climático, ese “desastre a escala global causado por el hombre”¹, es una de las mayores amenazas a las que se enfrenta hoy nuestro planeta. El calentamiento global es una realidad cada vez más preocupante: las mediciones realizadas desde el periodo 1850-1900 hasta ahora muestran como cada vez es más difícil alcanzar el objetivo del Acuerdo de París de 2015 de mantener el aumento de las temperaturas muy por debajo de los 2.º C² y, de hecho, ya se roza la temida subida de 1,5.º C respecto de los niveles preindustriales³. No parece que las circunstancias vayan a mejorar, mucho menos tras la decisión del presidente Donald Trump de retirar a Estados Unidos del Acuerdo⁴. Por el contrario, los riesgos van en aumento y se

-
- 1 Utilizando las palabras empleadas por el naturalista británico David ATTENBOROUGH (“a man-made disaster of global scale”) en el discurso pronunciado en la COP24 (Katowice, Polonia, 2018), disponible en <https://unfccc.int/documents/185211>.
 - 2 Acuerdo hecho en París el 12 de diciembre de 2015, entrado en vigor a nivel internacional el 4 de noviembre de 2016, *BOE* núm. 28, de 2 de febrero de 2017. Su art. 1 a) incluye entre sus objetivos “mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2.º C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5.º C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y efectos del cambio climático”. Se teme que los objetivos del Acuerdo de París resulten ya inalcanzables: *vid.* KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht”, *ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 187, núm. 2-3, 2023, 348-391, p. 351
 - 3 El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) publicó en 2018 un conocido informe alertando sobre los riesgos vinculados con un aumento de la temperatura global en 1,5.º C y sus potenciales consecuencias relacionadas con el aumento del nivel del mar, olas de calor, inundaciones, sequías, etc. *Vid.* IPCC, *Global Warming of 1.5.º. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5.º C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Cambridge University Press, 2018, <https://doi.org/10.1017/9781009157940.003>. El IPCC fue creado por la ONU en 1988 para proporcionar evaluaciones científicas periódicas sobre el cambio climático, sus causas, riesgos y posibles estrategias de respuesta. El grupo goza de gran prestigio científico y recibió el premio Nobel de la Paz en 2007.
 - 4 <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2025-01-21/las-claves-de-la-salida-de-ee-uu-del-acuerdo-de-paris-que-ocurrira-con-la-lucha-climatica-ahora.html>. Estados Unidos también se retiró del Acuerdo durante el primer mandato del presidente Trump y ya en ese momento se había recalcado como afecta al futuro y objetivo de este instrumento la decisión de este país, en cuanto uno de los principales emisores de CO₂ a nivel global. *Vid.* IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “Cambio climático y responsabilidad empresarial: análisis del papel de las empresas para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París”, *Anuario Español de*

estrecha con rapidez la ventana de oportunidad para revertir la situación y asegurar un futuro sostenible⁵.

2. El aumento de las temperaturas del planeta es resultado principalmente de la actividad humana desde la Revolución Industrial, en particular de la quema de combustibles fósiles y la emisión a la atmósfera de gases efecto invernadero (en adelante, GEI)⁶. Las consecuencias son graves: el cambio climático causa daños a la naturaleza y a las personas, despliega sus efectos sobre los ecosistemas terrestres, oceánicos y de agua dulce, y está en el origen del incremento de fenómenos climáticos extremos, así como de sequías, inundaciones, desertificación o deshielo glaciar. El calentamiento global aumenta el riesgo de mortalidad y afecta a la subsistencia de comunidades y personas que viven de los recursos naturales y que se enfrentan a la pérdida de sus recursos tradicionales⁷.

Aunque urge adoptar medidas para solucionar la preocupante situación descrita, hasta ahora la respuesta de empresas, Gobiernos y Comunidad internacional ha sido más bien tibia. En este contexto, hace ya tiempo que particulares y asociaciones están utilizando, entre otros recursos, la vía judicial para tratar de revertir la situación. Especialmente desde el año 2015 se están interponiendo ante los tribunales una oleada de acciones climáticas, cuya finalidad principal es imponer a los distintos actores una reducción de las emisiones de GEI y llamar la atención sobre la importancia de adoptar medidas en ese sentido. Esta litigación climática o por el clima, enmarcada dentro de la “acción por el clima”, no es un fenómeno nuevo, pero sí en expansión⁸.

3. Las acciones emprendidas se han dirigido “verticalmente” contra los Gobiernos y “horizontalmente” contra las empresas, encajando generalmente las primeras en el derecho público y las segundas, en el derecho privado⁹. Las demandas contra el Estado y las Administraciones

Derecho Internacional, vol. 36, 2020, pp. 327-366, pp. 332-333. Estados Unidos se reincorporó al Acuerdo durante el mandato del Presidente Joe Biden.

5 *Vid.* el último informe de síntesis del IPCC, *Climate change 2023. Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, LEE, H. y ROMERO, J. (eds.), Ginebra, 2023, DOI: 10.59327/IPCC/AR6-9789291691647, pp. 24-26.

6 <https://www.un.org/en/global-issues/climate-change>. La actividad humana es la principal causante del cambio climático, pero la modificación de las temperaturas y los patrones meteorológicos también se debe, en mucha menor medida, a fenómenos naturales como variaciones de la actividad solar o erupciones volcánicas.

7 La descripción de los riesgos que acarrea el cambio climático es alarmante: *vid.*, entre otros, MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Casos ambientales, daños climáticos y responsabilidad corporativa”, en ZAMORA CABOT, F.J., SALES PALLARÉS, L., MARULLO, M.C. (Dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 27-43, pp. 28-30, o KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 351.

8 Aunque los orígenes del fenómeno se remontan a más atrás, la litigación por el cambio climático empezó a cobrar importancia en Estados Unidos a partir del año 2005, produciéndose un “Big Bang” de casos en el mundo desde 2015, *vid.* ÁLVAREZ-ARMAS, E., “Climate change litigation through the prism of private international law”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 28, 2024, pp. 343-362, <https://doi.org/10.36151/SYBIL.28.20>, p. 344-345

9 El *Sabin Center for Climate Change Law*, de la Universidad de Columbia lleva años recopilando información sobre las demandas judiciales planteadas hasta hoy, que recoge en su web <https://climatecasechart.com/> diferenciando entre las dirigidas contra los Gobiernos y contra las empresa. La distinción entre acciones verticales contra los Estados y las horizontales contra las empresas se puede encontrar en WE-

públicas se fundamentan en la inactividad de los actores públicos a la hora de tomar medidas para poner fin a la crisis climática y tratan de forzar políticas climáticas estatales más comprometidas en la lucha contra el calentamiento global¹⁰. En el ámbito europeo, este tipo de litigios han dado lugar a Sentencias muy conocidas. Sobresale especialmente la dictada por el Tribunal Supremo de Países Bajos el 20 de diciembre de 2019 en el asunto *Urgenda* que, sobre la base de los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹¹, ordenó al Estado holandés la reducción antes del fin de 2020 de sus gases de efecto invernadero en un 25% en comparación con los niveles de 1990¹². Más reciente, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024 en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, ha reconocido el derecho de los particulares a una protección efectiva por el Estado frente a los efectos adversos del cambio climático en sus vidas, con base en el art. 8 CEDH¹³.

Junto a las anteriores, destaca el creciente número de demandas entabladas por particulares, ONGs y asociaciones de defensa de los intereses colectivos contra las empresas emisoras de GEI, exigiéndoles responsabilidad por las consecuencias de la actividad industrial sobre el cambio climático antropogénico. Las demandas se dirigen en particular contra las grandes empresas incluidas en la base de datos *Carbon Majors*¹⁴, esto es, las catalogadas como las mayores responsables de las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel global. Esta base de datos cuantifica las emisiones atribuibles a los mayores productores de petróleo, gas, carbón y cemento del planeta y muestra que un grupo de unas 90 empresas es responsable de aproximadamente el 70% de las emisiones que provienen de la generación y consumo de energía e industria en todo el mundo¹⁵. Las acciones contra las empresas normalmente encajan dentro del derecho de daños¹⁶, con la peculiaridad de que suelen incorporar a sus fundamentos jurídicos la normativa de derechos humanos y textos internacionales como el Acuerdo de París. Aunque estos no son invocables de forma directa contra las empresas, se parte de su “efecto

LLER, M.P. y TRAN, M.L., *vid.* “Climate Litigation against companies”, *Climate Action*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s44168-022-00013-6>, pp. 1-14, pp. 2-3.

- 10 *Vid.* para una panorámica de las mismas, FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *Derecho de la Energía Europeo y Cambio Climático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 260-264.
- 11 Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979 y https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa
- 12 Sent. Tribunal Supremo de Países Bajos de 20 de diciembre de 2019, *Urgenda*, caso núm. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2007.
- 13 Sent. TEDH de 9 de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, 53600/20, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-233206>
- 14 <https://carbonmajors.org/>
- 15 *Vid.* KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 353. Esta autora señala que existe evidencia de que los GEI de este grupo cuantificable de grandes emisores, en su conjunto, son responsables del cambio climático y agravan la crisis climática (*ibid.*, p. 368). En la actualidad, la base de datos incluye 122 empresas a las que se considera responsables del 72% de las emisiones globales de combustibles fósiles y cemento desde el inicio de la Revolución Industrial en 1751.
- 16 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 3, IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La litigación climática en contra de los *Carbon Majors* en los Estados de origen: apuntes desde la perspectiva de empresas y derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, p. 5.

horizontal indirecto” que permite su toma en consideración en la interpretación de cláusulas generales u otros elementos dentro del derecho de daños, como el concepto de falta o el deber de cuidado¹⁷.

4. El cambio climático es un fenómeno global¹⁸, así que no resulta sorprendente que las acciones de derecho privado contra las empresas puedan plantear problemas de Derecho internacional privado. En este contexto, el objeto de las siguientes páginas es dar respuesta a las distintas dificultades que plantea la determinación de la ley aplicable en los litigios interpuestos ante los tribunales europeos¹⁹. Se comenzará por clasificar los distintos tipos de acciones planteadas, con un breve repaso de los casos más relevantes. A continuación, se iniciará el estudio de las cuestiones de ley aplicable a partir del Reglamento de Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales²⁰, que establece una norma de conflicto especial en su art. 7 para el “daño ambiental”. En el marco de este, se estudiará como primera cuestión si el mismo es aplicable a las acciones climáticas; a continuación, se analizará la regla de la ubicuidad establecida en el precepto, precisando cómo debe entenderse en estos casos el lugar del evento y del daño. Por último, a partir del art. 17 RRII y del régimen europeo de comercio de derechos de emisión, se va a reflexionar sobre la relevancia que hay que atribuir al hecho de que las empresas emisoras actúen bajo el amparo de autorizaciones administrativas y en el marco de la legalidad vigente. El estudio finalizará con unas breves consideraciones sobre el papel del derecho internacional privado en el futuro de la litigación climática contra empresas

2. Tipos de acciones climáticas contra empresas: algunos casos

5. Las acciones climáticas contra las empresas se pueden encuadrar en dos grandes grupos²¹: las encaminadas a compensar el coste de los daños presentes o futuros causados por el cambio climático (acciones de responsabilidad) y aquellas que persiguen evitar el calentamiento global

17 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Climate litigation...”, *cit.*, p. 3.

18 Fenómeno global y que desafía el alcance territorial de las normas estatales. *Vid.* LAGANIÈRE, G., “Choice of law issues in tort-based climate change litigation”, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 74, 2024, pp. 33-58, p. 3.

19 Las demandas climáticas se han interpuesto, sin embargo, a lo largo de todo el mundo. *Vid.* un resumen de las acciones (públicas y privadas) planteadas en países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Reino Unido, Italia, Francia y Países Bajos en WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?”, *ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 3, 2021, pp. 573-605, pp. 578-592. Una panorámica de algunas demandas interpuestas fuera de Europa, en ORTIZ-ARCE VIZCARRO, S., “Los litigios climáticos: ¿una oportunidad para la UE con impacto global?”, en ZAMORA CABOT, F.J., SALES PALLARÉS, L., MARULLO, M.C. (Dirs.), *La lucha en clave judicial... cit.*, pp. 291-310, pp. 296-298.

20 Reglamento (CE) 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 de julio de 2007 (en adelante, Roma II o RRII).

21 De forma más extensa y partiendo de una definición más amplia de la litigación climática, S. MARINO establece una amplia tipología de acciones a partir de los objetivos perseguidos por el demandante y el fundamento jurídico de las demandas. *Vid.* “La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 4, 2021, pp. 898-931, pp. 899-902

en sí mismo (acciones de protección). Las llamadas acciones de protección tienen como objetivo principal evitar o mitigar el cambio climático en cuanto tal a través de la imposición a la empresa demandada de planes de transición realistas para la reducción progresiva de sus emisiones. Las acciones de responsabilidad, más clásicas, se centran en el resarcimiento de los daños: en ellas, en algunos casos, se solicita una indemnización por los perjuicios ya ocasionados por el cambio climático, mientras que otras veces, se pide el reembolso de los gastos de adaptación necesarios para prevenir daños futuros (por ejemplo, el coste de la construcción de un dique para evitar una inundación)²². Tanto en uno como en otro caso, la indemnización se puede cuantificar según la participación porcentual de cada empresa concreta en las emisiones globales de GEI²³.

6. El ejemplo más relevante de acciones de protección es el archiconocido asunto *Milieudéfensie*. En el año 2019, la asociación ambiental neerlandesa Milieudéfensie, junto a otras ONGs, y más de 17000 ciudadanos interpuso una demanda colectiva ante los Tribunales de Países Bajos contra la compañía Royal Dutch Shell (RDS), sociedad matriz del grupo Shell²⁴. La demanda se inspiraba en *Urgenda*²⁵ y consideraba que la contribución del grupo al cambio climático viola su deber de cuidado establecido en el derecho de daños holandés, así como los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El asunto fue resuelto en primera instancia por la Sentencia del Tribunal de Distrito de la Haya de 26 de mayo de 2021²⁶, que ordenó a RDS reducir, a través de las políticas corporativas del grupo, sus emisiones de CO2 en un 45% para 2030, en comparación con los niveles de 2019²⁷. La decisión es pionera, ya que

-
- 22 La doctrina, utilizando distintas denominaciones, diferencia a veces entre dos grupos de acciones (responsabilidad y protección/reducción de emisiones) y otras veces, entre tres (compensación, adaptación y reducción de emisiones). Se puede encontrar la primera aproximación en O. BOSKOVIC, “La localisation du dommage en matière d’atteinte à l’environnement”, *Revue de Droit des affaires Internationales/International Business Law Journal*, núm. 6, 2022, pp. 697-705, p. 700 o BRAUN, S.H., ISENBURG, S., KRESS, J., “Transformation through harmonization. The potential of a climate liability Directive to strengthen climate protection”, *Themis Annual Journal* núm. 5, 2023, pp. 138-155, p.148. Optan por una división en los tres grupos mencionados WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen Kollisionsrecht am Beispiel der Anknüpfung von Klimaklagen nach Art. 7 Rom II-VO”, en VON BAR, C. *et al.* (Dir.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Mohr Siebeck, Hamburgo, 2024, pp. 371-389, p. 383 o KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 360. Por nuestra parte, consideramos que las acciones de compensación y las de adaptación se pueden incluir en el grupo común de las de responsabilidad, que se diferencian claramente de las de reducción de emisiones.
- 23 *Vid.* D’ALESSANDRO, E., “Judicial Remedies for Climate Change in Domestic Courts”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 14, 2024, pp. 3-24, p. 10
- 24 Constituida conforme a las leyes de Inglaterra y Gales y cuya oficina central está establecida en Países Bajos
- 25 *Vid.* VAN LOON, H., “Warming up for climate litigation around the world – recent court cases from The Netherlands, Germany and the United Kingdom”, en HARRIS, J. y McLACHLAN, C. (Eds.), *Essays in International Litigation for Lord Collins*, Oxford University Press, 2022, <https://doi.org/10.1093/oso/9780192867988.003.0005>, p. 3
- 26 Sent. Tribunal de Distrito de la Haya de 21 de Mayo de 2021, *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell*, C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Puede consultarse la traducción al inglés de la Sentencia realizada por el Tribunal y disponible en https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210526_8918_judgment-2.pdf
- 27 La Sentencia parte de la idea antes apuntada (*supra* numeral 3) de que los derechos humanos y los valores que representan, aunque no sean invocables de forma directa contra las empresas, sirven para dar contenido al deber de cuidado “no escrito” del derecho holandés. El uso en ese sentido de los textos internacionales de derechos humanos se ha considerado lo más revolucionario de la Sentencia. *Vid.* ZAMBRA-

impone por primera vez judicialmente a una empresa la obligación de reducir sus emisiones²⁸, y ha servido de inspiración a una estela de demandas ante tribunales de diferentes países que han tenido, sin embargo, escaso éxito²⁹.

Tras ser recurrida, la Sentencia de instancia ha sido anulada por el Tribunal de Apelación de la Haya el 12 de noviembre de 2024³⁰. Este admite que la protección contra el cambio climático es un derecho humano cuya defensa no solo corresponde a legisladores y gobiernos, sino también a las empresas, que deben limitar sus emisiones de CO₂ para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París³¹. No obstante, el Tribunal no deduce de lo anterior una obligación concreta para RDS de reducir sus emisiones en un determinado porcentaje. Según la Sentencia de apelación, la normativa adoptada en la Unión Europea para combatir el cambio climático no impone un deber absoluto de reducción de emisiones a empresas individuales, sino que estas tienen libertad para elegir cómo hacerlo, de forma coherente con los objetivos del Acuerdo de París³².

7. Entre las acciones de responsabilidad con elemento internacional, la más significativa seguramente sea el asunto *Lliuya contra RWE*³³. El agricultor peruano Saúl Lliuya vive en Huaraz

NA-TÉVAR, N., “Milieudéfensie v. Shell: el efecto horizontal de los derechos humanos y las obligaciones medioambientales de las empresas”, en ZAMORA CABOT, F.J., SALES PALLARÉS, L., MARULLO, M.C. (Dirs.), *La lucha en clave judicial... cit.*, pp. 249-276, p. 252-53

28 Es la primera vez que concluye con éxito, al menos en primera instancia, una acción climática basada en el derecho privado e interpuesta por particulares contra particulares. *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 2.

29 Estas han sido por el momento desestimadas en su totalidad. La mayor parte de estas demandas no presentan problemas de derecho internacional privado, por lo que no se tratan aquí. Muchas de ellas se han dirigido en Alemania por activistas y asociaciones de defensa del medio ambiente contra distintos fabricantes de automóviles (entre ellos, Volkswagen, Mercedes Benz, BMW) a los que se solicita que dejen de comercializar vehículos comerciales ligeros con motor de combustión interna en los próximos años (Allhoff-Cramer contra Volkswagen, <https://climatecasechart.com/non-us-case/allhoff-cramer-v-volkswagen-ag/>, Kaiser y otros contra Volkswagen AG, <https://climatecasechart.com/non-us-case/kaiser-et-al-v-volkswagen-ag/>, DUH contra Mercedes Benz AG, <https://climatecasechart.com/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-mercedes-benz-ag/> o DUH contra BMW, <https://climatecasechart.com/non-us-case/deutsche-umwelthilfe-duh-v-bmw/>). Otras demandas se han entablado contra energéticas y extractoras de combustibles fósiles: es el caso de la emprendida en Alemania contra la compañía alemana de gas y petróleo Wintershall DEA AG, a la que se solicita el cese de la extracción de gas natural y petróleo a nivel nacional e internacional y el endurecimiento de su objetivo de emisiones de carbono (DUH contra Winteshall, <https://climatecasechart.com/non-us-case/barbara-metz-et-al-v-wintershall-dea-ag/>), o la iniciada en Italia, contra la empresa italiana de combustibles fósiles ENI SpA, a la que se solicita que adopte una estrategia para reducir sus emisiones de CO₂. (<https://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-italy-et-al-v-eni-spa-the-italian-ministry-of-economy-and-finance-and-cassa-depositi-e-prestiti-spa/>)

30 Sent. Tribunal de Apelación de la Haya de 12 de noviembre de 2024, *Milieudéfensie*, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099. Una traducción de la sentencia al inglés se encuentra disponible en <https://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>. Milieudéfensie ha anunciado que recurrirá la decisión de apelación ante el Tribunal Supremo de Países Bajos: <https://en.milieudéfensie.nl/news/why-we2019re-taking-our-shell-climate-case-to-the-supreme-court>

31 Sentencia Tribunal de Apelación de la Haya, *Milieudéfensie*, apartados 7.17 y 7.18-7.27, con base en la doctrina del “efecto horizontal indirecto de los derechos humanos”, *vid. supra*, numeral 3.

32 Sentencia Tribunal de Apelación de la Haya, *Milieudéfensie*, apartado 7.56

33 Este caso, también archiconocido, ha sido objeto de múltiples comentarios por parte de la doctrina europea. Dentro de la española, *vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, L., “El caso Huaraz: David contra Goliat o “Saúl I. contra

(Perú), localidad que corre el riesgo de ser inundada por un eventual desborde del lago Palcacocha, que ha experimentado un aumento sustancial de volumen desde 1975, consecuencia del deshielo glaciar. En el año 2015, apoyado por la asociación ambientalista Germanwatch, el Sr. Lliuya introdujo una demanda ante los tribunales alemanes contra el mayor productor de electricidad en Alemania, la compañía energética RWE. En la medida en que un informe de la base de datos *Carbon Majors* considera a esta responsable del 0.47% de las emisiones de gases de efecto invernadero en todo el mundo³⁴, el demandante le reclamaba justamente ese porcentaje de participación en el coste de construcción de un dique de contención para proteger su hogar³⁵.

La demanda fue desestimada en primera instancia por el Landgericht de Essen en diciembre de 2016³⁶, al considerar el tribunal que no se podía establecer un nexo causal lineal entre las emisiones y las consecuencias del cambio climático. Tras la apelación, el Tribunal Regional de Hamm permitió que el caso pasara a la fase probatoria, visitando Huaraz en mayo de 2022 para la toma de evidencias³⁷. El largo proceso ha finalizado el 28 de mayo de 2025 con la desestimación definitiva por el Tribunal Regional de Hamm de las pretensiones del demandante, al entender que su propiedad no corre un peligro concreto de inundación³⁸. A pesar de ello, la Sentencia, contra la que no cabe recurso alguno, puede ser un precedente importante en la lucha judicial contra el cambio climático: de la misma se desprende que el Tribunal considera que la contribución del demandado al calentamiento global es significativa y que se le podría imputar responsabilidad por los daños ocasionados —caso de quedar acreditados— sin que sea un impedimento el hecho de que el demandante viva en Perú.

8. En los casos más recientes, la tendencia es solicitar tanto la reducción de las emisiones como una indemnización por los daños sufridos. Un buen ejemplo de la combinación de ambas aproximaciones es el conocido como el caso del granjero (*the farmer case*)³⁹. El Sr. Hugues Falys tiene una explotación agrícola y ganadera en Bois de Lessines (Bélgica) y considera que los fenómenos climáticos extremos de los últimos años, tales como sequías y tormentas violentas,

RWE AG”. Un precedente clave en la justicia climática”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 40, 2018, pp. 63-101.

34 <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf>

35 Se solicitan, por tanto, gastos de adaptación. En este caso, no tiene mucho sentido solicitar la reducción de las emisiones ya que dicha medida no haría que cesara el riesgo de inundación de la propiedad. *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, L., “El caso Huaraz:...” , *cit.*, p. 10

36 Sent. Landgericht Essen de 15 de diciembre de 2016, *Lliuya*, 2 O 285/15, ECLI:DE:LG:2016:1215.2O285.15.00

37 *Vid.* la orden del Tribunal Regional de Hamm de 30 de noviembre de 2017, que da paso a la fase de prueba (traducción no oficial al inglés) https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2017/20171130_Case-No.-2-O-28515-Essen-Regional-Court_order.pdf. El desarrollo judicial completo del caso se puede encontrar en <https://rwe.climatecase.org/en>

38 Sent. Tribunal Regional de Hamm de 28 de mayo de 2025, *Lliuya*, as. I-5 U 15/17. *Vid.* una traducción al inglés del texto completo de la decisión en <https://rwe.climatecase.org/sites/default/files/2025-05/Judgement%20of%2028%20May%202025%20en-anon.pdf> y un resumen de la misma en la nota de prensa publicada tras el anuncio del fallo judicial: https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/14_26_PE_OLG_VT-Lliuya_RWE/index.php.

39 *Vid.* <https://www.thefarmercase.be/en/>

le han causado pérdidas económicas directas y le han obligado a reducir sus cosechas y sus cabezas de ganado⁴⁰. En marzo de 2024, el Sr. Falys, junto a varias ONGs dedicadas a los derechos humanos y la justicia climática, ha demandado en Bélgica a la energética francesa Total Energies, por su contribución al cambio climático⁴¹. La demandada, además de ser uno de los principales emisores de GEI a nivel mundial es el primer distribuidor de energía en Bélgica. La acción tiene fundamento extracontractual y en la misma se solicita tanto que se ordene a Total la disminución de sus emisiones de GEI y su producción de petróleo y gas, como una indemnización por los daños pasados y futuros sufridos por el demandante y la imposición de multas en caso de retraso en el cumplimiento de las medidas cautelares que se dicten⁴².

También se combina el enfoque protector con el compensatorio en el asunto *Asmania c. Holcim*, entablado ante los tribunales suizos⁴³ por cuatro habitantes de la isla indonesia de Pari (Asmania, Arif, Bobby y Edi). Estos se dedican a actividades como la pesca o el turismo y ven como peligran sus medios de vida y su hogar, ya que, consecuencia del cambio climático, la isla —especialmente expuesta al nivel del mar— experimenta inundaciones cada vez más frecuentes e intensas, y ha sido ya parcialmente engullida por el agua. Los demandantes, con apoyo de varias ONGs, han interpuesto en febrero de 2023 una demanda ante el Tribunal cantonal de Zug (Suiza) contra la empresa suiza Holcim, uno de los mayores fabricantes de cemento del mundo y gran emisora de GEI. Los demandantes solicitan la reducción de las emisiones de Holcim, así como una compensación proporcional por los daños sufridos y una contribución financiera a las medidas necesarias para la protección de la isla contra las inundaciones. Por el momento, se ha concedido a los demandantes la asistencia jurídica gratuita, y se están decidiendo cuestiones procesales preliminares por el Tribunal, a instancias del demandado⁴⁴.

9. Todos los casos indicados presentan algún tipo de elemento de internacionalidad, que viene dado por dos tipos de circunstancias diferentes. Algunos de ellos, concretamente los asuntos *Lliuya*, *Falys* y *Asmanian* encajan bien en la tipología típica de daños transfronterizos, en que no coinciden el lugar donde la compañía actúa y aquel donde la víctima sufre el daño⁴⁵. Por

40 El demandante alega haber sufrido daños materiales como consecuencia de fenómenos meteorológicos extremos en 2016, 2018, 2020 y 2022, que se cifran en cerca de 135.000 euros. *Vid.* el escrito con las conclusiones principales presentado ante el Tribunal disponible en https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2024/20241217_54998_na.pdf

41 Unos meses antes de la interposición de la demanda, en el caso *Klimaatzaak*, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 30 de noviembre de 2023, disponible en https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20231130_2660_judgment-1.pdf, ordenaba a las autoridades públicas belgas competentes la reducción de sus emisiones de GEI en un 55% con respecto a los niveles de 1990, para 2030. Puede ser un buen precedente de una resolución similar en relación con una empresa privada, como sucedió con *Urgenda* en relación con *Milieudefensie* en Países Bajos.

42 El escrito de demanda y otros documentos del caso están disponibles en <https://www.thefarmercase.be/ligne-du-temps/>

43 <https://callforclimatejustice.org/en/webreport/>. Se ha considerado oportuno destacar este asunto debido a su actualidad y similitud con los casos que se estudian, pese a no estar planteado, como los anteriores, ante un órgano jurisdiccional de la Unión Europea, sino ante los tribunales suizos.

44 *Vid.* <https://callforclimatejustice.org/en/the-case/timeline/>

45 En esta línea, en el escrito de demanda en el caso *Lliuya* se invoca el art. 7 RRII señalando que se trata de un ilícito a distancia típico, con disociación entre el lugar del acto causal y el lugar del daño (Traducción

su parte, *Milieudefensie* es más bien ejemplo de daños transnacionales o meramente internacionales, en que la demanda se dirige contra un grupo societario transnacional que opera en múltiples Estados. En estos casos, difiere el lugar de toma de decisiones por la matriz de aquellos donde las compañías subsidiarias operan y causan daños⁴⁶. En este asunto, el interés en determinar la ley aplicable radica en que el objetivo de la acción es la reducción de las emisiones de CO2 en todo el grupo Shell⁴⁷.

II. LA APLICACIÓN DEL ART. 7 DEL REGLAMENTO DE ROMA II A LAS ACCIONES CLIMÁTICAS CONTRA EMPRESAS

1. El Reglamento de Roma II y las acciones climáticas

10. En la medida en que las acciones climáticas contra empresas encajan dentro del derecho de daños, los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea (excepto Dinamarca) utilizan el Reglamento de Roma II para determinar con carácter *erga omnes* la ley aplicable a las mismas. En el sistema previsto por el Reglamento, el punto de partida es la autonomía de la voluntad de las partes, con los límites y condiciones recogidos por el art. 14 RRII. Nada impide la aplicación a las acciones climáticas de esta regla y, de hecho, la misma ha sido utilizada por la Sentencia del Tribunal Regional de Hamm de 28 de mayo de 2025 en el caso *Lliuya* como fundamento de la aplicación del derecho alemán⁴⁸. En defecto de elección, la norma aplicable es el art. 7, expresamente previsto para el daño medioambiental y que funciona como excepción a la regla general del art. 4. En la situación más probable, la ley aplicable se determinará conforme a este precepto, ya que, en la medida en que el mismo atribuye a la víctima un derecho de opción entre la ley del evento y la del daño, se reduce significativamente su interés en alcanzar un acuerdo de elección de ley⁴⁹.

no oficial al inglés del escrito de demanda de noviembre de 2015, realizada por Germanwatch: <https://rwe.climatecase.org/sites/default/files/2022-10/23.11.2015%20Plaintiff%20Claim.pdf>

46 *Vid.* la diferencia entre los dos tipos de daños E. ÁLVAREZ-ARMAS, “La aplicabilidad espacial del Derecho Medioambiental Europeo, su interacción con la norma de conflicto europea en materia de daños al medioambiente: apuntes preliminares”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XIII, 2013, pp. 381-421, pp. 386-87. Con contenido muy similar, L. GARCÍA ÁLVAREZ, diferencia entre daños transnacionales y transfronterizos: *vid.* “La aplicación en materia ambiental de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. A propósito de la Directiva (UE) 2020/1828”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2020, pp. 59-110, p. 64 y nota 15

47 En este sentido, M.P. WELLER y M.L. TRAN consideran convincente que el Tribunal de Distrito de la Haya se planteara problemas de Derecho internacional privado, en la medida en que el objetivo de la acción era reducir emisiones de CO2 en todo el mundo, al referirse a la política corporativa del grupo. *Vid.* “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 5

48 Sent. Tribunal Regional de Hamm, *Lliuya*, p. 33. Esta tiene en consideración que en la audiencia ante el Tribunal en 2017, ambas partes declararon que debía aplicarse la ley alemana. Esto es, para el Tribunal, un acuerdo expreso de elección de ley de acuerdo con el art. 14 RRII.

49 *Vid.* CRESPO HERNÁNDEZ, A., “Daños al medio ambiente y regla de la ubicación en el art. 8 del futuro Reglamento de Roma II”, *Indret* núm. 3, 2006, pp.1-25, p. 19. De hecho, en el asunto *Lliuya*, en el escrito de demanda de noviembre de 2015, el demandante había optado por la ley del evento causal de acuerdo con el art. 7 del Reglamento, elección que menciona y recoge la Sentencia del Tribunal Regional de Hamm (p. 34): otra cosa es que, al basarse ambas partes en el derecho alemán, el Tribunal considere que la elección

11. La aplicación de cualquiera de las normas de conflicto indicadas requiere, por supuesto, que el Reglamento de Roma II sea aplicable al caso. Según su art. 1, este rige “las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)”.

Lo anterior significa que el Reglamento se aplica a los litigios climáticos de derecho privado, pero no a las acciones dirigidas verticalmente por particulares u organizaciones contra Estados o entes públicos, cuando se exige a estos el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas en materia de cambio climático. La actividad del Estado como garante de la protección del medio ambiente se desarrolla en el ámbito del Derecho público y no es una actividad de gestión, ya que la implantación o no de las medidas necesarias para la reducción de las emisiones y los gases efecto invernadero forma parte de las políticas adoptadas en ejercicio del poder público estatal⁵⁰. Esto excluye, por ejemplo, la aplicación del Reglamento en el asunto *Urgenda* pese a que en el mismo la demanda incluía entre sus fundamentos el derecho holandés de daños junto a la normativa de derechos humanos⁵¹. Sí sería aplicable el Reglamento, sin embargo, si se tratara de una acción dirigida contra una empresa estatal dedicada a la producción de energía cuyas operaciones (p. ej. la extracción o procesamiento de combustibles fósiles) pueden causar daños. En este tipo de casos, la demanda no se refiere a la responsabilidad del Estado en cuanto responsable de la protección medioambiental y sí existe una actividad de gestión⁵².

2. Daños incluidos en el art. 7 RRII

A) ¿EL DAÑO CLIMÁTICO ES UN DAÑO AMBIENTAL?

12. Una vez aclarado que la aplicación del RRII queda ceñida a los litigios climáticos de derecho privado contra empresas, hay que plantearse si, en defecto de una elección de ley

se realiza de acuerdo con el demandado y, en consecuencia, entienda que existe un acuerdo de elección de ley, como ya se ha indicado. Pese a lo que se acaba de señalar, hay que destacar que existen casos de daños ambientales en que las partes han llegado a un acuerdo sobre la ley aplicable: por ejemplo, mucho antes de la aprobación del Reglamento de Roma II, en el famoso caso de las Minas de Potasa de Alsacia, las partes acordaron la aplicación del Derecho holandés: *vid.* KADNER GRAZIANO, T., “The law applicable to Cross-border damage to the environment: A commentary on article 7 of the Rome Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, 2007, pp. 71-86, p. 72. En relación con

50 En una línea similar, a propósito del Reglamento 1215/2012, *Vid.* MARINO, S., “La climate change litigation...”, *cit.*, p. 906.

51 *Vid.* H. VAN LOON, “Warming up for climate litigation...”, *cit.*, p. 16, nota 51, indicando que en este asunto el Reglamento de Roma II probablemente no es aplicable, al excluir el art. 1.1 de este texto legal las actividades en el marco del poder público. En los Países Bajos, como indica el mismo autor, los litigios administrativos se utilizan solamente contra órdenes y permisos emitidos por las autoridades administrativas, y se recurre a los tribunales civiles para acciones colectivas contra las políticas y la inacción del Gobierno. *Vid.* VAN LOON, H., “Strategic climate litigation in the Dutch Courts: A source of inspiration for NGOs elsewhere?”, *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, vol. 16, núm. 4, 2020, <https://doi.org/10.14712/23366478.2020.32>, pp. 69-84, p. 72

52 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 593

conforme al art. 14, la determinación de la ley aplicable se va a realizar utilizando la norma de conflicto especialmente prevista en el art. 7 para los daños ambientales, o la regla general del art. 4.

El art. 7 determina 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”. La norma se aplica, por tanto, a dos categorías de daños: el daño medioambiental o daño ecológico “puro” sufrido por el recurso natural en cuanto tal, y los daños que experimentan las personas o sus bienes como consecuencia del anterior⁵³, también llamados “colaterales”⁵⁴. El Considerando 24 del Reglamento define el “daño ambiental” como “el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña este recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos”. A partir de todo lo anterior hay que determinar, primero, si el concepto de daño climático encaja dentro del de daño ambiental; y segundo, si el art. 7 se aplica, además de a las clásicas acciones de responsabilidad, también a las que se han llamado acciones de protección, cuyo objetivo es la reducción de las emisiones.

13. La primera cuestión indicada se plantea debido a que los daños climáticos presentan ciertas peculiaridades que los diferencian de los producidos en las catástrofes ambientales clásicas. Los daños que se alegan en las acciones climáticas y que sufren los recursos naturales, las personas o sus bienes, no son una consecuencia inmediata de una emisión contaminante: no son un producto directo de las emisiones de gases de efecto invernadero, sino del calentamiento global. En estos casos, el esquema que ocasiona los daños es complejo y está mediado por el cambio climático: en primer término, las emisiones dan lugar al aumento de las temperaturas del planeta, y es esto, a continuación, lo que origina los fenómenos que causan los daños que se reclaman⁵⁵. En este contexto, debe dilucidarse si existe un daño medioambiental en el sentido del art. 7 por el hecho de haberse realizado emisiones que cambian la composición de la atmósfera.

La doctrina parte de una interpretación amplia del art. 7 RRII: para la aplicación del precepto suele considerarse que basta que exista una afectación de algún tipo de elemento ambiental, incluida la atmósfera. Es suficiente, por tanto, que el daño resulte de la interferencia de algún recurso ambiental o natural, sin necesidad de que se produzca un daño ecológico diferente del calentamiento global⁵⁶. El Considerando 24 del Reglamento permite tomar en consideración el

53 Conceptos tradicionalmente diferenciados por la doctrina, como indica E. ÁLVAREZ-ARMAS: *vid.* “La aplicabilidad espacial del Derecho Medioambiental...”, *cit.*, p. 386.

54 *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, p. 162.

55 Como observan M. LEHMANN y F. EICHEL, “Globaler Klimawandel and Internationales Privatrecht”, *RabelsZ*, Vol. 83, 2019, núm. 1, pp. 77-110, p. 78. En la misma línea, THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz und Internationales Privatrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 1, 2025, pp. 39-54, p. 40.

56 *Vid.* M. LEHMANN y F. EICHEL, “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, pp. 94-95, THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 42, KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 357, IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La litigación climática en contra de...”, *cit.*, p. 25. La interpretación amplia también se ha utilizado para resolver la cuestión en el marco de otros textos legales: así, la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar de 21 de mayo de 2024 considera que las emisiones antro-

perjuicio a una función que desempeña un recurso natural en beneficio de otro, y la alteración de la atmósfera repercute en elementos naturales como el aire, el agua o el suelo. Apunta en la misma dirección la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad ambiental⁵⁷, que sirve como guía para interpretar el Considerando 24⁵⁸. Esta permite entender que quedan incluidos en el art. 7 los daños individuales derivados de una alteración de la atmósfera, ya que esta es un “hábitat natural” en el sentido del art. 2.1 de la Directiva⁵⁹

14. La práctica judicial también ha partido de la consideración de que el art. 7 RRII se aplica a las acciones climáticas. El Tribunal de Distrito de la Haya en el asunto *Milieudefensie* ha afirmado que el cambio climático debido a las emisiones de CO₂, ya sea peligroso o no, constituye un daño ambiental en el sentido del art. 7 de Roma II⁶⁰. Aunque el Tribunal considera como daño ambiental el propio calentamiento global provocado por las emisiones antropogénicas de CO₂⁶¹, se ha indicado que esta afirmación debería entenderse en el sentido de que constituye un perjuicio ambiental un daño específico y concreto (un perjuicio al agua, tierra, aire, ecosistemas o especies, daños personales o materiales) que resulta del cambio climático consecuencia de emisiones de GEI⁶². También la Sent. del Tribunal Regional de Hamm en el caso *Lliuya* establece que el daño climático alegado por el demandante se incluye en el art. 7 RRII, pese a que finalmente basa la aplicación del derecho alemán en el art. 14 del Reglamento⁶³.

pogénicas de GEI en la atmósfera constituyen contaminación del medio ambiente marino en el sentido de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (apartados 159-179). *Vid.*

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Advisory_Opinion/C31_Adv_Op_21.05.2024_orig.pdf

- 57 Directiva 2004/35 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, *DOUE* L 143/56, de 30 de abril de 2004.
- 58 Como indica J. VON HEIN, “Article 7. Environmental damage”, en CALLIES, G.P. y RENNER, M. (Eds.), *Rome Regulations: commentary*, 3.ª ed., Wolters Kluwer, 2020, pp. 462-480, p. 467. El texto del Considerando está claramente inspirado en el art. 2 de la Directiva, aunque existen diferencias entre ambas normas.
- 59 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, pp. 94-95.
- 60 Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.3.2: “The parties were right to take as starting point that climate change, whether dangerous or otherwise, due to CO₂ emissions constitutes environmental damage in the sense of Article 7 Rome II”. La Sentencia de apelación no trata sobre esta cuestión, puesto que RDS no incluyó objeciones de ley aplicable en el recurso (Sent. Tribunal de apelación de la Haya, apartado 5.2).
- 61 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M., “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 6.
- 62 *Vid.* VAN LOON, H., “Warming up for climate litigation...”, *cit.*, p. 17.
- 63 Sent. Tribunal Regional Hamm, *Lliuya*, p. 33. En el escrito de demanda presentado en noviembre de 2015 en el caso se partía de la base de que el cambio adverso es el propio incremento de gases efecto invernadero en la atmósfera, sin perjuicio de que este, a su vez, contribuya a cambios sobre los recursos naturales y pueda producir daños materiales: “The emission attributable to the respondent are already causing an “adverse change” through the increase of greenhouse gas concentrations in the atmosphere. Additionally they contribute to a change in the aggregate state of the glacial ice above Lake Palcacocha, which in turn leads to the change in the lake’s water level and the resulting hazard. An environmental damage in the meaning of Art. 7 Rome II is given; furthermore (impending) material damages exist due to that damage”

B) ACCIONES DE RESPONSABILIDAD Y DE REDUCCIÓN DE EMISIONES

15. Por otro lado, no existen dudas acerca de que el art. 7 del Reglamento es aplicable tanto a las acciones de compensación de los daños como a las de protección contra el cambio climático, que persiguen que las empresas reduzcan su volumen de emisiones de GEI y su contribución al calentamiento global.

Con carácter general, tanto el Reglamento de Roma II como su art. 7 son aplicables tanto en demandas clásicas de responsabilidad como en acciones de cesación cuya finalidad es impedir un daño. El art. 2.3 (b) del RRII aclara que “el daño, incluirá cualquier daño que pueda producirse”, así que está claro que el Reglamento se aplica también si la acción es de carácter preventivo⁶⁴ y que la ley aplicable se determina conforme al art. 7 en los dos tipos de acciones⁶⁵. En este sentido, aunque el régimen establecido en el precepto está concebido en términos principalmente compensatorios, resulta posible ejercer con base en el mismo acciones de carácter preventivo ante la inminencia de un daño ambiental⁶⁶.

Es relevante apuntar que las acciones de protección o de reducción de las emisiones, cuando se emprenden con el fin de evitar los daños a la atmósfera y a la naturaleza que derivan del cambio climático⁶⁷, son de especial utilidad para la prevención de los daños ecológicos puros. Estos daños, a los que se aplica el art. 7 del Reglamento, se tutelan tradicionalmente en el marco del Derecho público⁶⁸, pero el ámbito de la litigación climática es buena muestra de que también particulares, ONGs y asociaciones en defensa de los bienes de la naturaleza pueden asumir un papel importante en su protección⁶⁹; así lo están haciendo justamente a través de las demandas de reducción de emisiones y de prevención de futuros daños. El art. 7 es la norma

64 *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales... cit.*, p. 80

65 *Vid.* KADNER GRAZIANO, T., “The Law applicable to cross-border...”, *cit.*, p. 76; BOGDAN, M. y HELLER, M., “Article 7”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Volume 3 Rome II Regulation-Commentary*, Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2019, p. 290; CARBALLO PIÑEIRO, L., “Litigación internacional y daños al medio ambiente”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2018, pp. 65-88, p. 77.

66 *Vid.* ÁLVAREZ-ARMAS, E., “La aplicabilidad espacial del Derecho medioambiental...”, *cit.*, p. 392.

67 Las acciones preventivas o de cesación también pueden vincularse a daños a las personas y a los bienes que derivan del cambio climáticos.

68 *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 36-38. Como indica esta autora, en la mayoría de los ordenamientos de Derecho continental, el Derecho civil ha jugado un papel residual ante los daños ambientales y se ha limitado a la protección de los derechos subjetivos como la propiedad, la salud y la vida, *ibid.*, p. 39. En esta línea, la Directiva 2004/35 prevé un régimen de derecho administrativo para la reparación del daño ecológico puro, *ibid.*, p. 65, lo que no obsta a que una parte importante de la doctrina considere incluidas en el art. 7 RRII las acciones derivadas de la Directiva en que las autoridades competentes reclaman al operador los gastos de reparación o prevención emprendidos para suplir su inacción: *vid.* por todos KADNER GRAZIANO, T., “The Law applicable to cross-border...”, *cit.*, p. 84-85.

69 Como indica L. CARBALLO PIÑEIRO, la defensa del medio ambiente también debe corresponder a particulares y asociaciones, además de al Estado, *vid.* “Litigación internacional...”, *cit.*, p. 71. El art. 7 RRII parece reconocer el derecho de los particulares a actuar frente a los daños ambientales, sin limitar al Estado la legitimación para actuar en defensa del medio ambiente en los procesos civiles. *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, L., “La aplicación en materia ambiental de las acciones...”, *cit.*, p. 79.

adecuada para determinar la ley aplicable en estas acciones para la protección del medio ambiente dirigidas contra empresas y cuya base es el derecho privado.

III. RESPONSABILIDAD POR EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LEY DEL LUGAR DEL EVENTO Y DEL RESULTADO

1. El art. 7 RRII y la regla de la ubicuidad

16. El art. 7 del Reglamento de Roma II establece que la ley aplicable a los daños medioambientales y a los daños a las personas o bienes que derivan de los anteriores 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”. El precepto consagra la llamada “regla de la ubicuidad” al permitir a la víctima elegir entre la ley del evento generador y la del resultado, otorgando a esta un trato más favorable que el previsto con carácter general en el art. 4 RRII, que pone el foco en la ley del lugar del daño⁷⁰. Como indica el Considerando 25 del Reglamento, la ley del foro resolverá en qué momento la persona que reclama el resarcimiento de los daños puede elegir el derecho aplicable⁷¹

17. Este trato especialmente favorable de la víctima que se desprende del art. 7 del Reglamento se concibe principalmente como un medio para proteger el principio *favor naturae* y los objetivos ambientales del Derecho de la Unión⁷². De acuerdo con el Considerando 25 del Reglamento, el elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, el principio de corrección en la fuente misma y el principio de quien contamina paga justifican “plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima”⁷³. Por tanto, el art. 7 RRII no es tanto una expresión de simpatía hacia la parte débil, como una elección económica encaminada a que los contaminadores internalicen el coste del impacto negativo para el medio ambiente de sus actividades, haciendo efectivo el principio quien contamina paga⁷⁴. El derecho de opción entre las dos legislaciones permite que se aplique aquella que resulte más favorable desde el punto de vista ambiental y de reducción de las emisiones. En el ámbito de

70 La regla de base establecida en el art. 4.1 RRII es la aplicación de la ley “del país donde se produce el daño”, aunque sobre esta prevalece, en su caso, la ley de la residencia habitual común de “la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada” según el art. 4.2 RRII. Ambas conexiones están sometidas a la cláusula de escape del art. 4.3 Reglamento

71 “La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional”

72 *Vid.* entre otros, WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, pp. 379-381

73 Así, el art. 191 TFUE aporta los criterios hermenéuticos que habrá que tener en cuenta a la hora de aplicar el Reglamento de Roma II, así como el de Bruselas I. *Vid.* J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Los supuestos de contaminación transfronteriza a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II. ¿Es necesario acometer reformas de los instrumentos europeos?”, en ZAMORA CABOT, F.J., SALES PALLARÉS, L., MARULLO, M.C. (Dirs.), *La lucha en clave judicial... cit.*, pp. 115-130, p. 116

74 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 464.

la litigación climática, el art. 7 RRII puede servir para presionar a las empresas para que implementen estándares ambientales equiparables a los de la UE en sus actividades transnacionales y para promover una reducción de sus emisiones de GEI en terceros países⁷⁵.

18. En Europa, la práctica judicial de la litigación climática internacional muestra que el art. 7 RRII se ha utilizado tanto en favor de la ley del evento generador como de la del daño, aunque ha sido la primera la elección preferida. Se ha optado por la ley del acto causal en los asuntos *Milieudefensie* (ley holandesa)⁷⁶ y *Lliuya* (ley alemana)⁷⁷; también en *Asmania* (ley suiza), aunque en este caso el razonamiento no se funda en el RRII, sino en el DIPr suizo, cuya regla de base es justamente la aplicación de la ley del lugar del acto ilícito⁷⁸. Por otro lado, en el caso *Hugues Falys* se ha seleccionado la ley del lugar del daño (la belga)⁷⁹ en un asunto en que el evento generador se puede entender producido en Francia.

En el contexto concreto de las demandas de protección o reducción de emisiones, suele considerarse preferible la aplicación de la ley del acto casual⁸⁰. En estas acciones, la solicitud puede estar vinculada con una lesión de un bien jurídico en particular o puede tener como objetivo más general la transición de la empresa hacia un modelo de negocio menos perjudicial para el clima. En este segundo caso, el lugar de actuación adquiere una relevancia especial⁸¹. De hecho, si la solicitud de reducción de las emisiones no está vinculada con la vulneración de un concreto bien material o personal, sino con el daño a la atmósfera en cuanto tal, para algunos autores, el derecho de elección del art. 7 pierde relevancia práctica por falta de puntos de conexión concretos adecuados con el lugar del resultado⁸².

19. El mayor problema que plantea la aplicación del art. 7 RRII a la litigación climática internacional es el de establecer qué debe entenderse por “país en el cual se produjo el hecho generador del daño” y “país donde se produce el daño”. La clásica consideración de que la conta-

75 Vid. IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La litigación climática en contra de...”, *cit.*, p. 27.

76 *Infra*, numerales 20-22. En este caso, el Tribunal considera adicionalmente que, tal como había alegado *Milieudefensie*, la regla general del art. 4.1 RRII también conduce a la aplicabilidad de la ley de Países Bajos, en la medida en que las demandas colectivas pretenden proteger los intereses de los residentes neerlandeses: *vid.* Sentencia del Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.3.7 y 4.3.1.

77 Como se ha señalado *supra*, nota 49, en este el demandante basaba su reclamación en el derecho alemán, invocando el art. 7 RRII, aunque la Sent. de 28 de mayo de 2025 del Tribunal Regional de Hamm ha fundamentado la aplicación de la legislación alemana en el art. 14 RRII (*vid. supra*, numeral 10)

78 <https://callforclimatejustice.org/en/the-case/timeline/>. En este caso, no es aplicable el Reglamento de Roma II ya que Suiza no es Estado parte de este, por lo que las consideraciones de ley aplicable se basan en el Derecho internacional privado suizo. *Vid.* al respecto, DUARTE REYES, L.A. y BURRI, N., “Transnational corporate liability in the era of loss and damages: the case of *Asmania et al. v Holcim*”, en ZIRULIA, S., SANDRINI, L. y PITEA, C. (Eds.), *What future of environmental and climate litigation? Exploring the added value of a multidisciplinary approach from international, private and criminal law perspectives*, Milano University Press, 2024, DOI 10.54103/milanoup.151.c195, pp. 97-125, p. 121

79 *Vid.* escrito de citación disponible en <https://cloud.fian.be/s/BXQDsokRW5tLPMY>, apartado 34

80 Con carácter general, en las acciones ambientales de cesación, cobra mayor protagonismo la ley del lugar del hecho generador. *Vid.* ARISTEGUI, J.P., “Competencia judicial y ley aplicable en materia de responsabilidad por daños al ambiente transfronterizos. El régimen de la Unión Europea”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 16, 2011, pp. 45-74, p. 63)

81 *Vid.* WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, p. 384.

82 *Ibid.*, p. 384.

minación no conoce fronteras se hace especialmente cierta en el caso de los daños climáticos⁸³. El aumento de las temperaturas del planeta es un fenómeno global, en que media una compleja cadena de hechos y de consecuencias, que dificulta sobremanera la determinación de los lugares del evento y del daño. El cambio climático comienza con la acumulación en la atmósfera de gases de efecto invernadero, que son principalmente producto de la actividad industrial. El exceso no degradable del conjunto de estos gases es absorbido por recursos naturales, como la superficie terrestre o el agua, así como por la atmósfera. La acumulación ambiental de los GEI, a su vez, tiene como consecuencia el incremento progresivo de las temperaturas del planeta; en el paso siguiente, este calentamiento global da lugar a una serie de eventos que causan daños a la salud o los bienes de las personas, tales como fenómenos meteorológicos extremos, olas de calor mortales, sequías, inundaciones y otros acontecimientos⁸⁴.

El proceso descrito complica la determinación del lugar del evento y del daño desde una doble perspectiva: en primer término, los daños que sufren los particulares no son consecuencia directa de las emisiones, sino que entre unas y otros media el cambio climático⁸⁵; en segundo lugar, en esta cadena, tanto las emisiones de CO₂ como los daños se producen en cualquier lugar del planeta: las primeras provienen de cada uno de los diferentes Estados industrializados y se propagan por la atmósfera, contribuyendo en su conjunto al incremento de las temperaturas a nivel mundial y a fenómenos climáticos que igualmente pueden causar daños a víctimas en cualquier parte del mundo⁸⁶.

2. La ley del evento generador

20. A la hora de determinar el lugar del evento generador de los daños climáticos, se han barajado dos opciones, que pueden funcionar de manera alternativa. La primera y más tradicional es considerar que la causa del daño son las emisiones de gases de efecto invernadero, de forma que el acto se lleva a cabo en la instalación emisora, donde estas se liberan a la atmósfera. La segunda aproximación parte de entender como evento causal la adopción por la sociedad o grupo de una política corporativa que no reduce las emisiones en la medida adecuada para frenar el cambio climático⁸⁷. Ambas posibilidades se han puesto sobre la mesa en la práctica judicial, en particular en el asunto *Milieudefensie*. En este, la parte demandante alegaba como evento causal la política corporativa determinada por RDS en Países Bajos para el grupo Shell,

83 Vid. WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 5.

84 Vid. LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 79 y 80. Las causas y consecuencias del cambio climático se describen, por ejemplo, en https://climate.ec.europa.eu/climate-change_es o <https://www.un.org/es/climatechange/science/causes-effects-climate-change>

85 Vid. LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 79 y 80.

86 Vid. WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 592; GIANSETTO, F., “Le droit international privé à l’épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique”, *Journal de Droit international*, núm. 2, 2018, pp. 507-533, p. 514

87 También se podría plantear considerar el calentamiento global como evento generador, pero esto complica más el problema de lo que lo arregla, ya que difícilmente se puede designar un lugar donde este fenómeno global se produce concretamente. Esta opción supondría difuminar el lugar del acto causal y negar *de facto* la facultad de elección prevista por el art. 7 RRII. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, L., “El caso Huaraz...”, *cit.*, p. 8

mientras que la empresa estimaba como hecho generador las emisiones de CO₂ propiamente dichas⁸⁸.

21. La visión más clásica considera como lugar del evento aquel donde se sitúa la instalación donde las emisiones se liberan a la atmósfera⁸⁹. El gran problema que plantea esta opción es que la pluralidad de lugares desde donde se emiten los gases causantes del daño complica la determinación de la ley aplicable. Una misma empresa o un mismo grupo corporativo puede emitir gases de efecto invernadero desde diferentes países, y en estos casos, la opción por la ley del lugar de las emisiones implica un fraccionamiento de la ley rectora. No se puede utilizar la cláusula de escape para concentrar la ley aplicable⁹⁰ y no resulta evidente que el Reglamento permita la opción por una sola de las leyes del evento, ni siquiera la principal, para la totalidad de los daños⁹¹. Tal dificultad se ha puesto de manifiesto en el asunto *Milieudefensie*, en que el demandado afirmaba que la elección de la ley del evento conducía a la aplicabilidad de un gran número de sistemas legales, al llevarse a cabo las emisiones de RDS en distintos países del mundo⁹². El mismo problema se hubiera podido plantear en *Lliuya c. RWE*, si la ley alemana se hubiera aplicado como *lex loci actus* y no a título de ley elegida por las partes: la demanda señalaba que dos tercios de las emisiones de GEI de RWE se producen en Alemania, lo que hubiera podido dar lugar a una posible aplicación distributiva de las leyes de los países de los que provienen las emisiones restantes⁹³.

22. La segunda gran opción es considerar como lugar del evento aquel donde se adopta la política corporativa responsable de los daños. Esta posibilidad lleva tiempo sugiriéndose en materia ambiental, como una alternativa adicional a la ley del lugar donde se lleva a cabo el acto contaminante⁹⁴ y cobra especial interés en el ámbito de los daños climáticos, para los que

88 La cuestión se planteó en primera instancia: *vid.* Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.3.2.

89 El lugar donde se encuentra “la chimenea”. *Vid.* WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, p. 385 que no excluyen con esta opción la consideración de la política corporativa como evento causal. En el asunto *Lliuya*, la Sentencia del Tribunal Regional de Hamm de 28 de mayo de 2025 parte de la idea de que el lugar del evento causal es el lugar de emisión, p. 34.

90 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 472, así que el demandante puede optar por las diferentes leyes de los lugares donde han actuado los responsables

91 M. BOGDAN y M. HELLNER apuntan que aunque exista un único autor responsable de eventos en varios lugares, no es obvio que el Reglamento permita la aplicación de la ley de la principal causa del daño, aunque consideran que esta opción sería razonable. *Vid.* “Article 7...”, *cit.*, pp. 295-296. En la misma línea, C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN entiende que en estos casos sería más eficiente pedir a la víctima que eligiese una única ley: *vid.* “El Derecho internacional privado de la Unión Europea en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2013, pp. 367-400, p. 390.

92 *Vid.* la Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartados 4.3.2 y 4.3.5. El Tribunal admite que está fuera de toda duda que las emisiones de CO₂ de las que se responsabiliza a RDS se producen en todo el mundo y contribuyen al cambio climático en los Países Bajos y en la Región de Wadden. Sin embargo, no llega a determinar si una pluralidad de lugares de emisión supone una fragmentación de la ley aplicable, ya que abre la puerta a tener en cuenta como lugar del evento el de adopción de la política corporativa: *vid. infra*, numeral 22.

93 *Vid.* ÁLVAREZ-ARMAS, E., “Climate change litigation...”, *cit.*, p. 350, indicando como hubiera podido plantearse el problema señalado.

94 En favor de la solución en el ámbito de los daños ambientales en general, *vid.* por ejemplo, CARBALLO PIÑEIRO, L., “Litigación internacional...”, *cit.*, p. 85; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea...”, *cit.*, 391-392; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., “El

permite evitar el mentado fraccionamiento de la ley aplicable que es consecuencia de las emisiones realizadas desde múltiples países⁹⁵. La idea ha sido admitida por la Sent. del Tribunal de Distrito de la Haya en *Milieudefensie*, en contra del criterio de RDS, que entendía la política corporativa como un acto preparatorio que no causa daños y queda fuera del art. 7 RRII. Los actos meramente preparatorios, en efecto, no son relevantes a la hora de identificar el lugar del evento⁹⁶. Sin embargo, el Tribunal considera que el enfoque de RDS es demasiado restringido y concibe la adopción de la política corporativa del grupo Shell como una causa independiente que puede contribuir a los daños ambientales⁹⁷. La solución del Tribunal nos parece adecuada: en primer lugar, la política de la empresa es responsable en sí misma de contribuir al cambio climático: no se trata de una acción preparatoria insignificante, sino de la actividad decisiva, iniciadora y originadora de las emisiones⁹⁸; en segundo lugar, desde el punto de vista de la previsibilidad, no vemos obstáculo en que una compañía quede sujeta a la ley del país donde adopta su política relacionada con las emisiones; por último, la solución satisface el principio *favor naturae* que inspira el art. 7 RRII⁹⁹ y en cierta manera, funciona como una tercera opción legislativa en favor de la ley de la residencia habitual del responsable¹⁰⁰.

Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de actos contrarios a derechos humanos realizados por empresas en sus actividades transfronterizas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. XXII, 2022, pp. 203-235, p. 224. En el asunto *Asmania*, la alegación de la ley suiza por los demandantes se basa en que es en este país donde se decide la política corporativa de Holcim, aunque se ha señalado que no está claro que el Tribunal vaya a seguir dicha interpretación: *vid.* DUARTE REYES, L.A. y BURRI, N., “Transnational corporate liability...”, *cit.*, p. 121.

- 95 *Vid.* entre otros, WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, p. 386
- 96 *Ibid.*, p. 385, THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 42, M. LEHMANN y F. EICHEL “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 90. Por ejemplo, no son relevantes para identificar el lugar del hecho causal el lugar donde se toma la decisión de fabricar un producto nocivo para la salud, la compra de sustancias químicas venenosas o el alquiler de una nave industrial para fabricar en ella productos dañinos para la salud. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso *Minas de Potasa de Alsacia* (1976) al caso *Volkswagen* (2020)”, en ATAZ LÓPEZ, J. y COBACHO GÓMEZ, J.A. (Coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 987-1022, p. 1005
- 97 Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.3.6: “Although Article 7 Rome II refers to an “event giving rise to the damage”, i.e. singular, it leaves room for situations in which multiple events giving rise to the damage in multiple countries can be identified, as is characteristic of environmental damage and imminent environmental damage. When applying Article 7 Rome II, RDS’ adoption of the corporate policy of the Shell group therefore constitutes an independent cause of the damage, which may contribute to environmental damage with respect to Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region”. Para H. VAN LOON el Tribunal, con este texto, no deja completamente claro si la adopción de la política corporativa es un evento causante del daño en el sentido del art. 7 RRII: *vid.* “Warming up for climate litigation...”, *cit.*, p. 17.
- 98 *Vid.* WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, p. 387.
- 99 *Vid.* Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.3.6. Como indica J. VON HEIN, en el marco de una cadena causal, extender el derecho de la víctima a elegir la ley de cada uno de los diferentes lugares del evento (y no solo el del evento final o decisivo) satisface el principio de protección del medio ambiente que subyace al art. 7 RRII, aunque puede socavar la previsibilidad. *Vid.* “Article 7...”, *cit.*, p. 473.
- 100 La posibilidad de optar por esta tercera ley se sugiere para los daños ambientales por O. BOSKOVIC, “The law applicable to violations of the environment-regulatory strategies”, en CAFAGGI, F. y MUIR WATT, H. (Eds.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 188-204, pp. 197-198. En el ámbito de vulneraciones empresariales de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI considera que admitir la ley del lugar de toma de la decisión como

3. La ley del daño

23. Si la víctima no basa su reclamación en la ley del lugar del evento, según el art. 7 se acude a “la ley determinada en virtud del art. 4, apartado 1”, es decir, la ley del lugar donde se produce el daño. Esta se aplica “independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión” (art. 4.1 RRII). El Considerando 17 insiste en la última idea, al establecer que “la legislación aplicable debe determinarse sobre la base del lugar en el que se produzca el daño, independientemente del país o países en los que pudiera haber consecuencias indirectas. En consecuencia, en casos de lesiones personales o daños a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente”. De acuerdo con este Considerando, por tanto, los daños personales o materiales se localizan allí donde la propiedad o el bien sufren un perjuicio. Por otro lado, si resulta dañado un elemento de la naturaleza, el lugar del perjuicio es donde se encuentra el concreto recurso natural protegido (agua, suelo, aire)¹⁰¹. Por último, los daños a los bienes de carácter inmaterial, como el derecho a disfrutar de un ambiente saludable o una atmósfera no afectada por el calentamiento global, se pueden considerar padecidos donde el derecho resulta lesionado, esto es, donde debería disfrutarse del ambiente o la atmósfera saludable o donde la salud resulta dañada¹⁰².

24. La ley del daño seguramente no es la conexión ideal en el marco de la responsabilidad climática. Además de que la litigación por el clima se centra en el futuro y en la prevención más que en el perjuicio en cuanto tal¹⁰³, esta ley se enfrenta al problema de la globalidad del fenómeno del cambio climático y a la existencia de potenciales víctimas a lo largo del mundo, que dificulta su localización y reduce la previsibilidad y la proximidad de la conexión. Al ser el cambio climático un problema de la totalidad del planeta y sufrirse los daños que derivan del mismo por víctimas en todo el mundo, la aplicación de la ley del daño implica la de cada uno de los países afectados, en aplicación de la teoría del mosaico¹⁰⁴. Por tanto, el emisor se ve sometido potencialmente a la aplicación de la ley de cualquier lugar del mundo¹⁰⁵, incluso

ley del lugar del evento, permitirá aplicar la ley de la residencia de la matriz, y acudir a una norma europea que garantice unos estándares mínimos de protección de derechos humanos, *vid.* “El Reglamento Roma II y la ley aplicable...”, *cit.*, p. 224

101 *Vid.* WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, p. 384.

102 *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, L. y IGLESIAS MÁRQUEZ, “La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa”, en MARULLO, M.C. y ZAMORA CABOT, F.J. (Coord.), *Empresas y Derechos Humanos. Temas actuales*, Editoriale Scientifica, Italia, 2018, pp. 115-156, p. 149. Estos autores indican que si se trata de un daño directo a un bien inmaterial, como el interés en disfrutar un medio ambiente saludable, este se produce donde el derecho resulta lesionado, esto es donde se disfrutaba el medio ambiente sano o la salud se ve perjudicada

103 *Vid.* BOSKOVIC, O., “La localisation du dommage en matière...”, *cit.*, p. 703

104 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 97, WELLER, M.P. y WEINER, M.P., “Politische Prinzipien des Europäischen...”, *cit.*, p. 384. Como indica J. VON HEIN, en el marco del art. 7 son aplicables las soluciones establecidas para el art. 4.1 RRII, entre ellas, la aproximación en mosaico, *vid.* “Article 7...”, *cit.*, p. 472.

105 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 595, LEHMANN, M. y F. EICHEL, “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 96

de países desvinculados del ámbito de actuación y alcance del demandado¹⁰⁶. Esto implica la carga de examinar un sinnúmero de leyes —algunas muy lejanas para el emisor— a la hora de gestionar los riesgos, lo que, para parte de la doctrina puede ir más allá de las expectativas legítimas de las empresas¹⁰⁷.

25. Para proteger adecuadamente la confianza del emisor, algunos autores han propuesto corregir la ley del daño a través de una cláusula de previsibilidad. Se trataría de aplicar análogamente la cláusula establecida en el art. 5.1.2 RRII para la responsabilidad por productos, de forma que sería aplicable la ley del evento generador si el demandado no pudo prever un daño en el Estado cuya ley se reclama¹⁰⁸.

La opinión dominante, con la que coincidimos, es contraria a esta idea¹⁰⁹. Si el demandante ha optado por la ley del lugar del daño, su aplicación en el marco del art. 7 es ineludible. Esta conclusión se ve apoyada por múltiples consideraciones. En primer lugar, es innegable que el art. 7 RRII no incluye en su formulación ninguna posible corrección para la toma en cuenta del principio de previsibilidad¹¹⁰, sin que sean aplicables en el marco del precepto los arts. 4.2 y 4.3 del Reglamento¹¹¹. En segundo término, es importante no olvidar que la imprevisibilidad que genera el art. 7 RRII es una opción legislativa consciente, en la medida en que esta norma tiene por finalidad proteger el medio ambiente, incluso a costa de sacrificar el principio de previsibilidad. La facultad que tiene la víctima de elegir la ley aplicable crea incertidumbre para el contaminador, y esto precisamente sirve para incentivar comportamientos empresariales respetuosos del medio ambiente¹¹². En tercer lugar, la existencia de imprevisibilidad en cuanto

106 La ley del daño se puede percibir como “extraterritorial” por el demandado. *Vid.* GIANSETTO, F., “Le droit international privé à l’épreuve...”, *cit.*, p. 527.

107 *Vid.* NISHITANI, Y., “Localisation of Damage in Private International Law and challenges of Climate Change Litigation”, *Revue de Droit des affaires internationales/International Business Law Journal*, núm. 6, 2022, pp. 707-722, p. 716.

108 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., *vid.* “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 105-107, sustituyendo, por tanto la ley de la residencia habitual a la que se refiere el art. 5.1.2 RRII por la ley del lugar del evento causal. Estos autores refieren una posible laguna del art. 7 RRII, adoptado en un momento en que no eran conocidos los problemas que plantearían las futuras las acciones climáticas. Proponen esta cláusula de previsibilidad como solución cuando el sistema no protege adecuadamente la confianza del emisor a través del art. 17, esto es, en los casos en que en el marco de este no pueden tomarse en cuenta las licencias o las normas de seguridad y comportamiento. Sin proponer una aplicación análoga del art. 5.1.2 RRII, también Y. NISHITANI considera oportuno condicionar la aplicación de la ley del lugar del daño a la previsibilidad del contaminador, estableciendo un equilibrio justo entre los intereses de las partes (*vid.* “Localisation of Damage in Private International Law...”, *cit.*, p. 717)

109 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 595, KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 358

110 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 472; KADNER GRAZIANO, T., “The law applicable to Cross-border damage...”, *cit.*, p. 73; SYMEONIDES, S.C., “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, núm. 1, 2008, p. 38. Se utiliza la versión electrónica disponible en <https://ssrn.com/abstract=1031803>, a la que corresponde la numeración de las páginas.

111 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 468.

112 Coincidimos con E. GUINCHARD y S. LAMONT-BLACK en la percepción de que “Article 7 of the Rome II Regulation *deliberately creates uncertainty*” (...) “not only is foreseeability no longer a condition, but unforeseeability is the objective (through the choice offered to the victim). Unpredictability is part of

tal es difícil de defender en el ámbito climático, ya que en la situación actual de la ciencia, las empresas son o deberían ser conocedoras de que sus emisiones de CO2 pueden causar daños en cualquier lugar del mundo¹¹³. En este sentido, no hay imprevisibilidad en torno a la aplicación de la ley de cualquier lugar del daño, aunque sí sobre cuál concretamente. Por último, no debe olvidarse que la previsibilidad es un concepto bidireccional, y que la ecuación también debe contemplar a las víctimas: para estas la imprevisibilidad en torno a una potencial producción de un daño es absoluta, mientras que las empresas que participan en actividades industriales por lo menos son conscientes de que están expuestas a litigios cuando algo sale mal en su negocio¹¹⁴.

26. Por otro lado, la aplicación de la ley del daño también suscita reticencias relacionadas con la dificultad de establecer el nexo causal entre una emisión y un concreto daño y de imputar este a un responsable en particular. Los daños climáticos no se pueden atribuir de manera inmediata y monocausal a una acción del demandado, sino que son fruto del calentamiento global general, que es el resultado de la suma de las acciones de una multitud de emisores¹¹⁵. En las acciones climáticas contra empresas, el demandado es elegido entre varios posibles¹¹⁶, en principio uno de los *Carbon Majors*¹¹⁷ y la imputación o atribución de los daños a este solo se puede hacer de forma parcial. La consecuencia es que el vínculo entre el emisor, su acción y el daño no es completo y, por ello, en cierto sentido, la aplicación de la ley del lugar del daño individual queda desligada del concreto comportamiento del demandado y del lugar de la acción¹¹⁸. El caso *Lliuya c. RWE* ilustra bien esto: si en este se hubiera aplicado la ley peruana

the essence of the rule: the goal of Rome II”. *Vid.* “Environmental Law – the Black Sheep in Rome II’s Drive for legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law applicable to Non-contractual Obligations in context”, *Environmental Liability: Law, Policy and Practice*, vol. 11, núm. 3, 2009, pp. 161-72, <https://doi.org/10.1350/enlr.2009.11.3.055>, pp. 169-170. Para S.C. SYMEONIDES, el art. 7 asume que, independientemente de la distancia, la previsibilidad siempre está presente o, alternativamente, que no debería marcar ninguna diferencia, *vid.* “Rome II and Tort Conflicts...”, *cit.*, p. 38.

113 Ya en 2007 T. KADNER GRAZIANO indicaba que en un mundo en el que somos cada vez más conscientes de los efectos del calentamiento global, la previsibilidad ya no es un problema en las reclamaciones por daños ambientales. *Vid.* “The law applicable to Cross-border damage...”, *cit.*, p. 73. De hecho, la industria es conocedora de su potencial contribución al cambio climático y sus riesgos desde hace ya muchos años: está documentado que ciertas *Carbon Majors* han tenido conocimiento del impacto de sus actividades desde principios de la década de los 70 (*vid.* E. ÁLVAREZ-ARMAS “Climate change litigation...”, *cit.*, p. 361) y, en particular, la industria petrolera estadounidense tiene conciencia de su papel sobre el aumento de las temperaturas del planeta y el peligro que representa desde los años 60 (*vid.* KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 382). En esta línea, la Sentencia del Tribunal Regional de Hamm en el asunto *Lliuya* considera que desde mediados de los 60 es previsible para un productor de energía la contribución de las emisiones antropogénicas de GEI al calentamiento global (p. 49)

114 *Vid.* ÁLVAREZ-ARMAS, E., “Climate change litigation...”, *cit.*, p. 361.

115 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 80, WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 598-599

116 Según Y. NISHITANI, en los litigios sobre cambio climático es el azar quien decide qué empresa energética se va a llevar a los tribunales, quién es el demandante y donde se localizan los daños: *vid.* *Localisation of Damage in Private International Law...*, *cit.*, p. 716.

117 Lo más adecuado es centrar la responsabilidad en estos, como indica M. THÖNE, *vid.* “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 52.

118 Como indican M. LEHMANN y F. EICHEL a propósito de la competencia judicial internacional, el daño se desvincula del lugar de la acción, y puede producirse en cualquier parte, *vid.* “Globaler Klimawan-

del lugar del daño, esta se habría utilizado para juzgar actuaciones realizadas por el demandado principalmente en Europa, que solo sumadas a las acciones de otras muchas empresas del mundo explican el riesgo de desborde del lago glaciar Palcacocha en Perú.

27. Esto, para algunos autores, pone en entredicho los resultados a los que conduce la ley del daño, especialmente si esta es particularmente protectora de la víctima. Por ejemplo, si se trata de una ley muy flexible en la determinación de la causalidad que hace responsables de daños en terceros países a empresas que limitan su actuación y el alcance de su actividad al territorio europeo, o si obliga al cese de una actividad autorizada en el país donde se lleva a cabo, que ha ponderado adecuadamente los intereses económicos o ambientales en juego¹¹⁹.

Sin embargo, en nuestra opinión, lo anterior no debería impedir la aplicación de la ley del daño ni es necesariamente motivo para corregirla. Consideramos, en primer lugar, que la aplicación de la ley del daño, como regla, no requiere establecer *ex ante* un vínculo causal fuerte entre acción y daño, sino que esto es más bien una cuestión de derecho material que se tendrá en cuenta a la hora de establecer o no la responsabilidad climática del emisor. Si estamos de acuerdo en que, en ausencia de un nexo causal verificado, la ley del daño presenta una conexión débil con el caso¹²⁰, pero no tenemos claro que esta objeción sea suficiente para descartar o corregir la aplicación de esta ley *de lege lata* o de *lege ferenda*. En el marco de la regla de la ubicuidad, la conexión satisface intereses de carácter ambiental relevantes¹²¹ y la posible aplicación de la ley del daño contribuye a que las empresas asuman las consecuencias de sus actividades sobre el cambio climático en todo el mundo. En segundo lugar, en nuestra opinión, las objeciones relacionadas con el contenido de la ley del daño están más vinculadas con el derecho material aplicable que con el derecho internacional privado y, de ser necesario, se podrían corregir a través de la excepción de orden público del art. 26 RRII. Esta podría actuar, por ejemplo, en el improbable caso de legislaciones que impusieran sumas inabordables de daños y perjuicios a pequeñas empresas o a particulares que contribuyen al cambio climático a través de actividades como una pequeña explotación ganadera o la conducción de un vehículo¹²²

IV. EL EFECTO DE LAS LICENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL EMISOR

1. Planteamiento

28. Las acciones climáticas reclaman responsabilidad a las empresas por actividades que estas realizan generalmente dentro de la legalidad. En este apartado se va a analizar como este elemento, además de caracterizar este tipo de litigios, repercute sobre los problemas de ley aplicable. Las demandas de responsabilidad por el cambio climático no exigen el resarcimiento de daños causados por emisiones consecuencia de un accidente, sino de los producidos

del...”, *cit.*, p. 90

119 *Ibid.*, p. 80 y 96-97

120 *Vid.* F. GIANSETTO, “Le droit international privé à l’épreuve...”, *cit.*, p. 525.

121 *Supra* numeral 17.

122 *Vid.* THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 52-54

por actividades y operaciones que se desarrollan en el marco del funcionamiento normal del sistema¹²³. Piénsese que las demandadas en los litigios climáticos son generalmente empresas energéticas, extractores y productores de combustibles fósiles, fabricantes de cemento y materiales de construcción, empresas automovilísticas, etc., cuyas emisiones de gases de efecto invernadero están normalmente autorizadas conforme a regulaciones de derecho público y se asumen como legales¹²⁴. En particular, en el ámbito de la Unión Europea, las emisiones se permiten dentro del régimen europeo de comercio de derechos de emisión.

29. En este contexto, desde el punto de vista del derecho material, hay que plantearse si es adecuado que una empresa que lleva a cabo una actividad permitida o tolerada por el sistema pueda ser considerada responsable de las consecuencias de la misma, especialmente si cuenta con una autorización para llevarla a cabo. Las distintas legislaciones estatales responden de diferentes formas al valor otorgado a una licencia o autorización sobre la responsabilidad civil¹²⁵, así que el problema de derecho sustantivo se traslada al derecho internacional privado. Cuando una actividad se encuentra amparada por una autorización administrativa, hay que establecer qué legislación determina su eficacia y sus efectos sobre la responsabilidad extracontractual. Las posibles aproximaciones al problema desde el punto de vista de la ley aplicable son dos: partir de la idea de que esta cuestión debe resolverse de acuerdo con la ley del Estado que emite la autorización, de forma que esta no solo determina la validez de la licencia, sino también sus efectos sobre la responsabilidad civil, o considerar las autorizaciones en el marco de la ley rectora de la responsabilidad, esto es, la *lex causae*¹²⁶.

El Reglamento de Roma II dedica a esta cuestión el art. 17, que parte de la segunda aproximación indicada. Se trata de una norma que ha suscitado una gran polémica doctrinal, especialmente en su interacción con el art. 7 RRII. A lo largo de las páginas siguientes se estudiarán los problemas que plantea la coordinación entre ambos preceptos y sus posibles soluciones. Igualmente, se analizará si hay que buscar una solución especial para las emisiones realizadas en el marco del régimen europeo de comercio de derechos de emisión, en la medida en que este recoge un sistema supranacional para el que el art. 17 podría no estar completamente adaptado.

123 *Vid.* KIENINGER, E.M., “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 355.

124 *Vid.* THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 45

125 En algunos países operar conforme a una licencia excluye las acciones civiles de compensación o las de cesación, mientras que en otros ese elemento no tiene ninguna relevancia sobre la responsabilidad. *Vid.* una panorámica de algunos de los sistemas europeos en PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse Gases – A Conflict-of-Laws Perspective”, *The Italian Review of International and Comparative Law*, 3, 2023, pp. 409-429, DOI: [10.1163/27725650-03020013](https://doi.org/10.1163/27725650-03020013), pp. 414-417; un resumen de las soluciones legislativas sobre la cuestión en KADNER GRAZIANO, T., “The law applicable to Cross-border damage...”, *cit.*, p. 78.

126 *Vid.* una presentación de ambas posibilidades en BERNASCONI, C., “Civil liability resulting from trans-frontier environmental damage. A case for the Hague Conference?”, Preliminary Document no. 8 of April 2000 for the attention of the Special Commission of May 2000 on general affairs and policy of the Conference, 2000, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 35-143, pp. 42-43. Se utiliza la versión online de este documento, disponible en https://assets.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf, cuya numeración se sigue.

2 El papel del art. 17 RRII

A) IDEAS GENERALES

30. El art. 17 RRII indica que “para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad”. Esto significa que si el Juez o Tribunal lo estima oportuno, puede tomar en consideración las normas de seguridad y comportamiento del lugar de actuación del responsable a la hora de aplicar la ley rectora de la responsabilidad determinada según el Reglamento. La redacción del precepto deja claro que el art. 17 RRII no establece una norma de conflicto¹²⁷: las normas de seguridad y comportamiento no se aplican, sino que se tienen en cuenta “en la medida en que sea procedente”, “como una cuestión de hecho” y “para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega”.

31. La posible aplicación del art. 17 RRII en los litigios climáticos de derecho privado requiere resolver con carácter previo dos cuestiones: primero, si las licencias administrativas encajan dentro de la categoría de normas de seguridad y comportamiento del art. 17 RRII; y segundo, qué debe entenderse por lugar del hecho que da lugar a la responsabilidad. En cuanto al primer problema, puede tenerse en cuenta que el Considerando 34 indica que “los términos “normas de seguridad y comportamiento” deben interpretarse como referidos a todas las normas relacionadas de algún modo con la seguridad y el comportamiento, incluso, por ejemplo, las de seguridad vial en caso de accidente”. El concepto es amplio¹²⁸ y, en nuestra opinión, no hay muchas dudas acerca de que dentro del mismo se incluyen las autorizaciones o licencias¹²⁹. También lo ha entendido así el Tribunal de Distrito de la Haya en el asunto *Milieudefensie*¹³⁰.

127 Como indica con claridad A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, *cit.*, p. 640. Tener en cuenta las normas de seguridad y comportamiento no es lo mismo que aplicarlas. Tal y como señala la Comisión en la Propuesta de Reglamento Roma II, “la toma en consideración de la ley extranjera debe distinguirse de su aplicación: el juez aplicará exclusivamente la ley designada por la norma de conflicto, pero deberá tener en cuenta otra ley como un simple hecho (...)” (COM (2023) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2023, p. 27). No obstante, algunas opiniones doctrinales minoritarias parten de la aplicación como “ley” de las normas de seguridad y comportamiento. *Vid.* sobre la polémica DORNIS, T.W., “Local data”, en BASEDOW, J., RÜHL, FERRARI, F. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edgar Publishing, 2017, disponible online en <https://ssrn.com/abstract=2992814>, pp. 4-5

128 *Vid.* A. DICKINSON, *The Rome II...*, *cit.*, p. 640.

129 *Vid.* OTERO GARCÍA-CASTRILLON, C., “El Derecho internacional privado de la Unión...”, *cit.*, p. 396, WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 596, LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 98. Existe, no obstante, debate en torno a esta cuestión, como explica M. PASQUA, “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, p. 419-20, ya que algunos autores ponen en duda que el art. 17, que habla de “normas”, se aplique a actos administrativos concretos e individuales como las autorizaciones. M. LEHMANN y F. EICHEL indican en favor de la aplicación del art. 17 en estos casos que las autorizaciones administrativas son una concreción de las normas generales de conducta y seguridad; estos autores también argumentan que se impone una interpretación amplia del art. 17 RRII, en la medida en que se basa en el art. 9 del Convenio de la Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (*vid.* “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 98)

130 Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.4.44, en que el Tribunal considera que la regla del art. 17 se extiende a los permisos

32. En segundo lugar, en relación con el lugar “del hecho que da lugar a la responsabilidad” al que se refiere el art. 17 RRII, hay que aclarar que no tiene por qué coincidir con el lugar donde “se produjo el hecho generador del daño” en el sentido del art. 7. Mientras que resulta aceptable interpretar el último tanto como el lugar donde se llevan a cabo las emisiones como aquel donde se adopta la política corporativa que ha conducido a los daños¹³¹, no sucede lo mismo en el marco del art. 17 RRII. A los efectos de este último, el único lugar relevante es aquel donde se localiza la fuente de las emisiones (esto es, donde se sitúa la instalación emisora), ya que el precepto se refiere a normas de derecho público, por lo que hay que partir de su carácter territorial. Por tanto, si una empresa cuenta con diferentes plantas emisoras en distintos Estados, existirán múltiples lugares del hecho en el sentido del art. 17 RRII, y se deberá tomar en cuenta la legislación de cada uno de ellos para determinar el contenido y alcance de los permisos de operación¹³².

B) LA INTERACCIÓN ENTRE EL ART. 7 Y EL 17 RRII

33. Mientras que las anteriores ideas son, en general, aceptadas por la doctrina, existe un gran debate en torno a la coordinación entre el art. 17 y el art. 7, tanto en casos de daños ambientales tradicionales como en el marco de la responsabilidad por cambio climático. La discusión versa sobre el alcance del art. 17 RRII: si el demandado ha actuado conforme a las reglas del lugar de actuación o cuenta con una licencia administrativa que ampara las emisiones, ¿permite el art. 17 tener en cuenta esta circunstancia para exonerar o limitar una responsabilidad recogida en la ley rectora del litigio, determinada según el art. 7 RRII?

El mayor problema se plantea cuando se cumplen dos circunstancias de forma cumulativa: que la ley aplicable a la responsabilidad sea la del lugar del daño y que la autorización haya sido concedida por un Estado distinto de aquel del foro. Lo primero, porque si la responsabilidad se rige por la ley del lugar del acto causal, la misma determina también el valor de las licencias concedidas en dicho Estado y su repercusión sobre el establecimiento de la responsabilidad, en cuanto ley aplicable y sin recurrir al art. 17¹³³. Lo segundo, ya que, si la licencia se ha concedido por el Estado cuyos tribunales están resolviendo el litigio, esta, bajo ciertas circunstancias, podría recibir efectos en el marco de las leyes de policía del foro¹³⁴. Solamente fuera de estos casos se presenta el art. 17 RRII como única vía para otorgar algún tipo de efecto a las licencias concedidas por un país extranjero.

34. El art. 17 RRII ha recibido dos interpretaciones opuestas, según se ponga el foco de atención en mayor medida en el principio *favor naturae*, que inspira el art. 7 RRII o en el principio

131 *Supra*, numeral 20-22.

132 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Climate litigation...”, *cit.*, p. 10

133 *Vid.* KADNER GRAZIANO, T., “The law applicable to Cross-border damage...”, *cit.*, p. 78; VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 475-76; GUINCHARD, E. y LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law – the Black Sheep...”, *cit.*, p. 171. Obviamente, si la ley del lugar del evento exonera de responsabilidad al autor del daño por actuar conforme a una licencia concedida en ese país, lo más probable es que la víctima haya optado por la ley del daño si le es más favorable. *Vid.* M. BOGDAN y M. HELLNER. “Article 7...”, *cit.*, p. 297.

134 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 476, LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawan-del...”, *cit.*, p. 101, MARINO, S., “La climate change litigation...”, *cit.*, p. 923.

de confianza del emisor, que está en el origen del art. 17¹³⁵. Una parte de la doctrina parte de la idea de que resulta razonable proteger la confianza del operador en el permiso y entiende que el art. 17 RRII habilita la posibilidad de exonerar de responsabilidad al autor del daño o de atenuar esta, cuando ha ajustado su comportamiento y en su caso las emisiones a un permiso o autorización concedido por el país de situación de la instalación. La aplicación del art. 17 RRII se suele condicionar a la previsibilidad para el responsable: se considerarían las autorizaciones en los casos en que el mismo no pudo prever los impactos de su actividad en otros Estados, mientras que un emisor consciente de que sus operaciones pueden afectar a países con estándares de protección más elevados no podría escudarse en la licencia¹³⁶.

En favor de considerar los permisos se puede argumentar que, en otro caso, las personas que sufren daños en el extranjero tendrían más posibilidad de ser resarcidas que las perjudicadas en el país donde se ha concedido la autorización, para las que esta sí se tendrá en cuenta¹³⁷; que ignorar las licencias concedidas en el lugar de actuación previsiblemente planteará problemas de reconocimiento de la decisión en tal Estado¹³⁸; y que el art. 17 RRII entendido de esta forma permite proteger al emisor frente la imprevisibilidad que supone para este la potencial aplicación en el marco del art. 7 RRII de la ley de cualquier país del mundo, en cuanto ley del daño¹³⁹.

35. Un segundo grupo doctrinal, por el contrario, rechaza de plano la posibilidad de tener en cuenta el art. 17 RRII en el marco del art. 7 RRII¹⁴⁰, ya que el principio de protección de la naturaleza que inspira el art. 7 puede quedar en entredicho si, sobre la base del art. 17, se priva a la víctima de la protección concedida por la ley del daño¹⁴¹. El art. 17 no se puede interpretar de forma que contradiga el espíritu del art. 7 y el principio quien contamina paga¹⁴², ya que hay que preservar el efecto útil de la norma de conflicto sobre daños ambientales.

135 Como indica S.C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *cit.*, p. 41, el art. 17 RRII fue introducido en el Reglamento de Roma II con la intención de proteger al autor del daño. Este autor considera que el precepto debería igualmente proteger a la víctima, y que la preocupación por el autor es excesiva (*ibid.*, pp. 41-42)

136 En el ámbito de los daños climáticos defienden esta postura M. LEHMANN y F. EICHEL, “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 99-101

137 *Vid.* el argumento en BERNASCONI, C., “Civil liability resulting from transfrontier...”, *cit.*, p. 41.

138 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 477. M. LEHMANN y F. EICHEL consideran que ignorar categóricamente estas autorizaciones sería una postura miope y que una sentencia que no las tiene en cuenta podría enfrentarse a problemas de reconocimiento en el país en que se otorgó la autorización; según los mismos autores en el contexto de la Unión Europea, una negativa generalizada a reconocer autorizaciones de otros Estados miembros, incluso podría suponer una discriminación prohibida por motivos de nacionalidad. *Vid.* “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 99

139 *Ibid.*, p. 97. En el marco de la litigación climática, los anteriores autores ven el art. 17 RRII como una herramienta para corregir la imprevisibilidad que genera la ley del daño en estos casos

140 En el ámbito de los daños climáticos esta postura ha sido defendida con firmeza por E. ÁLVAREZ-ARMAS, “Climate change litigation...”, *cit.*, p. 355. Este autor aboga bien por una reforma legislativa del art. 17 RRII en ese sentido, o bien por una interpretación coherente de este con el art. 7, a partir de la idea de que el último es *lex specialis* en relación con el art. 17 y prevalece sobre este.

141 Esta idea se contempla por la mayoría de la doctrina. *Vid.* a título de ejemplo, VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 477.

142 *Vid.* entre otros, BOSKOVIC, O., “The law applicable to violations...”, *cit.*, p. 200, SYMEONIDES, S.C., “Rome II and Tort Conflicts...”, *cit.*, pp. 41-42.

C) LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS LICENCIAS EN EL MARCO DE LA *LEX CAUSAE*

a) *La lex causae como punto de partida*

36. A la hora de resolver el problema, consideramos que la clave siempre debe ser la ley designada por el art. 7, sin que sea admisible utilizar el art. 17 para dejarla sin contenido¹⁴³. Ya se ha indicado que este no crea una nueva forma de conflicto, así que no puede servir para desposeer al art. 7 de su efecto útil. Si la ley del lugar de actuación se pudiera utilizar para exonerar al operador o para limitar considerablemente su responsabilidad, la aplicación de la ley del daño quedaría en entredicho. Esto, a su vez, podría fomentar que los operadores buscaran instalarse en países con una legislación sobre licencias más beneficiosa¹⁴⁴ y en ese caso, el art. 7 RRII no serviría, como pretendían los redactores del Reglamento, como instrumento para prevenir y paliar la deslocalización empresarial en busca de la ley más favorable¹⁴⁵.

37. Lo anterior, a nuestro entender, no significa que no se pueda tener en absoluto en consideración una licencia contemplada por la ley del lugar de actuación. Entendemos que sí hay que proteger, aunque sea de forma limitada, la confianza del emisor¹⁴⁶ y que sin duda puede tener sentido valorar el respeto por este de las normas del lugar de actuación o de una licencia concedida por el Estado de situación de la instalación¹⁴⁷. Esto puede ser compatible, en nuestra opinión, con los objetivos del art. 7 siempre que, tal y como establece el art. 17, se haga en el marco de la ley aplicable, partiendo de una consideración meramente fáctica de las normas de seguridad y comportamiento, y en los casos en que sea apropiado. Dicho de otra forma, la toma en cuenta de las licencias requiere la ponderación previa de una serie de circunstancias que se desprenden del propio texto del art. 17.

143 *Vid.* PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, p. 421-22. El precepto no está diseñado para reemplazar los arts. 7 y 14, como indican E. GUINCHARD y S. LAMONT-BLACK, “Environmental Law – the Black Sheep...”, *cit.*, p. 170-71.

144 *Vid.* THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 48; BERNASCONI, C., “Civil liability resulting from transfrontier...”, *cit.*, p. 40

145 Esta pretensión aparece con claridad en la Propuesta de Reglamento de la Comisión (COM (2023) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2023, p. 21). Esta explica la regla de la ubicuidad del art. 7 indicando como la posible aplicación de la ley del daño obliga a los operadores instalados en un país de bajo nivel de protección a tener en cuenta el nivel más elevado de los países vecinos, reduciendo el interés del operador de instalarse en un país con un nivel de protección bajo. Al tiempo, la única aplicación de esta ley podría incitar a un operador a instalarse en la frontera para introducir productos nocivos, por ejemplo, en un río, contando con la normativa menos estricta con la ley del país del daño, algo que se evita con la posible opción por la ley del lugar de actuación del responsable.

146 *Vid.* GUINCHARD, E. y LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law – the Black Sheep...”, *cit.*, p. 170

147 Utilizando como ejemplo un caso de responsabilidad civil medioambiental, J. MASEDA RODRÍGUEZ indica como no puede no tenerse en cuenta si la empresa responsable respetó o no las normas del lugar de actuación o dispone de una licencia concedida por el país donde se sitúa la instalación. *Vid.* “Las normas de seguridad y comportamiento en el Reglamento de Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales”, *Dereito*, vol. 21, núm. 2, 2012, pp. 189-216, p. 191.

b) *Su toma en consideración “como una cuestión de hecho”*

38. En primer lugar, hay que tener presente que las normas de seguridad y comportamiento no se aplican sino que se tienen en cuenta “como una cuestión de hecho”. De aquí se deduce que siempre será la ley aplicable al litigio la que determine la importancia de las licencias o permisos¹⁴⁸. Estas deben tratarse como meros elementos fácticos que se pueden tomar en consideración a la hora de aplicar la *lex causae*¹⁴⁹ que siempre será la clave, como ya se ha indicado, a la hora de resolver. Las normas de seguridad y comportamiento simplemente son uno de los posibles elementos —ni siquiera el único— que sirven para establecer el contexto en el que actuó el responsable¹⁵⁰. Siempre en el marco de la ley aplicable, se pueden utilizar para valorar la culpa del responsable si esta es relevante o para dar contenido a conceptos jurídicos indeterminados dentro del derecho rector: por ejemplo, en el asunto *Milieudefensie* se ha tenido en cuenta el art. 17 al evaluar la obligación legal de RDS que emana del deber de diligencia no escrito del Código Civil holandés¹⁵¹

39. Por tanto, para determinar la relevancia de la autorización siempre hay que partir del contenido concreto de la *lex causae*. Así, el papel de las licencias dependerá en gran medida de que el sistema establecido por la ley rectora sea de responsabilidad objetiva o por falta y de que otorgue o no efecto eximente o liberador de responsabilidad a la licencia¹⁵². En los sistemas de responsabilidad objetiva pierde importancia que el contaminador cuente con una autorización, ya que su conducta no es relevante. Cuando la responsabilidad se basa en la culpa, haber actuado conforme a un permiso cobra mayor trascendencia, pero no tiene por qué ser un dato definitivo, ya que no todas las legislaciones otorgan a la licencia un efecto eximente. Incluso bajo un régimen de responsabilidad aquiliana, operar conforme a una autorización de derecho público no necesariamente excluye la responsabilidad, así que el impacto del art. 17 puede ser insignificante. Solo si la ley aplicable otorga algún tipo de efecto al respeto de la autorización tiene sentido tener esta en cuenta, en el marco del art. 17 “para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega” y siempre sin alterar el contenido de la ley del daño.

c) *Su toma en consideración “en la medida en que sea procedente”*

40. En segundo lugar, el art. 17 RRII introduce un gran margen de apreciación en favor del juzgador, al indicar que las normas de seguridad y comportamiento se tienen en cuenta “en la medida en que sea procedente”. A la hora de valorar esta “procedencia”, entendemos que el Juez o Tribunal puede decidir considerar solamente las licencias que cumplan ciertos requi-

148 *Vid.* M. BOGDAN y M. HELLNER. “Article 7...”, *cit.*, p. 297.

149 Las autorizaciones se consideran como “local data”, elementos fácticos que se pueden tomar en cuenta dentro del derecho sustantivo rector. *Vid.* KADNER GRAZIANO, T., “The law applicable to Cross-border damage...”, *cit.*, p. 79-80, VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 479, WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 596.

150 *Vid.* DICKINSON, A., *The Rome II... cit.*, p. 640-41

151 Sent. del Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.4.44

152 *Vid.* las distintas posibilidades en GUINCHARD, E. y LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law – the Black Sheep...”, *cit.*, p. 171

sitos. En casos de daños ambientales, la práctica de algunos tribunales europeos y la doctrina han exigido los tres siguientes: (a) que las emisiones autorizadas sean acordes al Derecho internacional público y al Derecho de la Unión Europea; (b) que el procedimiento de concesión sea equiparable al de la ley del foro; y (c) que se haya permitido la participación de los extranjeros afectados en el procedimiento de concesión¹⁵³. Esta aproximación hubiera sido una buena forma de determinar la eficacia de los permisos operativos de Shell para la extracción de petróleo y gas en el asunto *Milieudefensie*¹⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal optó por descartar sin más su toma en consideración, al no considerar evidente que las emisiones de CO2 hubieran desempeñado un papel importante en el otorgamiento de las concesiones¹⁵⁵.

Las condiciones indicadas funcionan bien en las acciones de responsabilidad derivada del cambio climático, excepto la última señalada, la relativa a la participación de los extranjeros afectados¹⁵⁶. No se puede contar con que se haya dado la opción de intervenir en el procedimiento de otorgamiento de la licencia a todos los afectados por los daños climáticos, ya que las potenciales víctimas se encuentran en cualquier parte del mundo. Su identificación previa para incluirlas en el procedimiento es prácticamente inviable e incluso inapropiada. Por ello, seguramente habría que adaptar esta condición en los casos climáticos, sustituyéndola por una participación amplia de representantes de grupos vulnerables o incluso suprimiéndola¹⁵⁷.

41. A la hora de valorar si es “procedente” o no la toma en cuenta de la licencia en el marco del art. 17 RR II, para algunos, otro elemento importante puede ser la evaluación de si el emisor pudo calcular los impactos de sus operaciones en otros países, al menos si se entiende que la confianza del emisor merece ser protegida. En efecto, como ya se ha indicado, y tratando de armonizar la interpretación de los arts. 7 y 17 RR II¹⁵⁸, se suele supeditar la consideración de la licencia a que el responsable no pudiera prever que sus emisiones causarían daños en el extranjero¹⁵⁹. Coincidimos con la idea de que la previsibilidad es un factor relevante a la hora

153 *Vid.* VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 479, KADNER GRAZIANO, T., “The law applicable to Cross-border damage...”, *cit.*, p. 79; WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 596, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El Derecho internacional privado de la Unión Europea...”, *cit.*, p. 397. Estas condiciones se han tenido en cuenta en particular por los tribunales austriacos y de Países Bajos.

154 M.P. WELLER y TRAN, M.L., “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 11 sostienen que el Tribunal hubiera debido examinar el contenido de estos permisos y concesiones en el caso.

155 Sent. Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.4.48. El Tribunal de Distrito de la Haya analizó en el caso el papel de dos tipos de permisos: los operativos para la extracción de petróleo y gas, a los que nos estamos refiriendo ahora, y los derechos de emisión en el marco del régimen europeo de comercio de derechos de emisión, que se tratarán *infra*, numeral 46.

156 El criterio tiene sentido en el marco de las relaciones de vecindad, pero no es adecuado para los casos de responsabilidad climática global. *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Climate Litigation...”, *cit.*, p. 11.

157 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 596. Igualmente, M. LEHMANN y F. EICHEL consideran que la condición de participación generalizada de los afectados es demasiado restrictiva y que solo tiene sentido cuando el daño es concretamente previsible en el país afectado (*vid.* “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 100).

158 *Ibid.*, p. 100.

159 *Supra*, numeral 34.

de aplicar el art. 17 RRII¹⁶⁰ pero, al tiempo, creemos que este enfoque tiene mayores consecuencias prácticas en el marco de las clásicas relaciones de vecindad que en el contexto de los daños climáticos. Para estos últimos, una argumentación basada en la previsibilidad no nos parece suficiente, por ejemplo, para contrarrestar la aplicación de una ley del daño lejana. En el estado actual de la ciencia es difícil alegar que no se pudo prever el impacto de las emisiones sobre el cambio climático a nivel global. Como ya se ha indicado, las empresas emisoras de gases de efecto invernadero son o deberían ser conscientes de que sus emisiones tienen consecuencias sobre el clima en todo el mundo¹⁶¹.

3. Las emisiones cubiertas por el régimen europeo de comercio de derechos de emisión

42. En la Unión Europea, la mayor parte de emisiones de GEI están sometidas al régimen europeo de derechos de emisión (en adelante, ETS)¹⁶², que encuentra su origen en el derecho internacional¹⁶³. Este regula los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, con la finalidad de contribuir a la reducción de las emisiones antropogénicas y al cumplimiento de los compromisos ambientales de la Unión con el menor perjuicio posible para el desarrollo económico. Para ello, el régimen parte del enfoque llamado “*cap-and-trade*” (límite y comercio) y pone en circulación un número limitado de derechos comercializables que permiten la emisión de CO₂ a la atmósfera en los sectores afectados¹⁶⁴. La determinación del número de derechos de emisión que salen al mercado se realiza tras una ponderación de

160 *Vid.* SYMEONIDES, S.C., “Rome II and Tort Conflicts...”, *cit.*, p. 4-42, VON HEIN, J., “Article 7...”, *cit.*, p. 480, BOGDAN, M. y HELLNER, M., Article 7...”, *cit.*, p. 297.

161 *Supra*, numeral 25.

162 Este se prevé en la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, *DOUE* núm. 275, de 25 de octubre de 2003. Posteriormente se ha establecido un nuevo régimen de comercio de derechos de emisión aplicable a nuevos sectores (conocido como ETS-2), a través de la Directiva (UE) 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 que modifica la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión y la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, *DOUE* núm. 130, de 16 de mayo de 2023

163 La idea de establecer sistemas de comercio de emisión basados en el mercado proviene del Protocolo al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997, *BOE* núm. 33, de 8 de febrero de 2005. Este comprometió a varios países industrializados a cumplir ciertos límites máximos de emisiones, indicando asimismo la posibilidad de establecer sistemas por los cuales los Estados ponen a disposición de los operadores derechos de emisión que estos pueden adquirir. *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 86. Junto al europeo, existen otros sistemas de comercio de derechos de emisión que operan en otros ámbitos geográficos.

164 *Vid.* sobre el funcionamiento del sistema, entre otros, PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, pp. 409-429; ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2020, asunto C-320/19”, en ZAMORA CABOT, F.J., SALES PALLARÉS, L. y MARULLO, M.C. (Dir.), *La lucha en clave judicial... cit.*, pp. 265-276, pp. 269-271,

los intereses económicos y ambientales en juego, y ha ido disminuyendo progresivamente a lo largo de los años, de acuerdo con los objetivos climáticos de la UE¹⁶⁵. La combinación de un límite de derechos de emisión con el carácter negociable y transferible de estos hacen del régimen un instrumento útil para reducir de forma global las emisiones.

Se puede partir de la idea de que las empresas que operan de forma lícita dentro del régimen cuentan con una autorización para emitir CO₂ a la atmósfera dentro del límite de los derechos de emisión que les corresponden¹⁶⁶. En el marco del sistema, las empresas que disponen de un permiso o autorización de emisión¹⁶⁷ tienen derecho a emitir CO₂ a cambio de ceder derechos de emisión¹⁶⁸. Las asignaciones de derechos de emisión se llevan a cabo de forma gratuita o a través de subasta, que en la actualidad es el medio principal de asignación. Los derechos de emisión se pueden comprar y vender entre las compañías participantes en el sistema.

43. Para muchos, un régimen como el ETS no acaba de ser compatible con la admisión de reclamaciones de indemnización. Los motivos son varios. Primero, los derechos de emisión asignados a las empresas objetivamente permiten un aumento del contenido de CO₂ en el aire, de manera que admitir demandas de compensación en estos casos supone responsabilizar al emisor como consecuencia de un impacto ambiental que se le ha permitido¹⁶⁹ y por el que ha pagado¹⁷⁰. Sin desconocer que también las empresas tienen un papel en la defensa del medio ambiente y del clima, consideramos que la autoridad pública que fija el límite total de emisiones es tan responsable, si no más, que un operador individual que hace uso de las suyas dentro del régimen. Segundo, un sistema equilibrado a nivel supranacional pierde su fundamento si las empresas incurrir en responsabilidad por los daños a nivel mundial que son consecuencia del uso de los derechos adquiridos¹⁷¹. Como los derechos dentro del ETS son objeto de

165 *Vid.* https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets/about-eu-ets_en

166 Existe, no obstante, polémica acerca de si el régimen europeo de derechos de emisión crea permisos o autorizaciones que encajan en el art. 17 RR II. *Vid.* PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, pp. 419-420 y ÁLVAREZ-ARMAS, E., “Le contentieux international privé en matière de changement climatique à l’épreuve de l’article 17 du règlement Rome II: enjeux et perspectives”, *Revue de Droit international d’Assas*, núm. 3, 2020, pp. 109-138, p. 122

167 Los Estados miembros conceden tales permisos a los operadores que son considerados capaces de monitorear e informar sobre las emisiones. En algunos Estados se examina de forma sustancial esta capacidad, mientras que en otros la evaluación es más formal y superficial. *Vid.* PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, pp. 411-412

168 *Vid.* arts. 4, 5 y 6 de la Directiva 2003/87/CE. De acuerdo con el art. 3 a) de la Directiva, un derecho de emisión es “el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un periodo determinado, válido únicamente a efectos del cumplimiento de los requisitos de la presente Directiva, siendo este derecho transferible de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva”

169 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 103. Como indica M. THÖNE, parece lógico asumir que quien actúa dentro de lo permitido no será considerado responsable por los daños resultantes, y puede resultar contradictorio que se autorice una emisión y posteriormente se imponga una obligación de indemnizar que deriva de esta: *vid.* Globaler Klimaschutz..., *cit.*, p. 45

170 Al menos si la asignación se ha realizado mediante subasta y no de forma gratuita. El argumento del pago, según E.M. KIENINGER pierde peso cuando los derechos de emisión son tan baratos que no se puede afirmar que los grandes emisores hayan pagado por el derecho a emitir CO₂ (*vid.* “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 385).

171 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 103-104

intercambio entre los participantes, una empresa que reduce las emisiones puede vender sus derechos a otra que los necesite. Así, las emisiones de más que la última lleva a cabo quedan compensadas con las que deja de realizar el otro operador, lo que complica hacer a la emisora responsable de los daños. En las acciones de protección tampoco tiene mucho sentido imponer judicialmente una obligación individual de reducción de emisiones a una empresa en particular, en la medida en que lo que cuenta es el número total de derechos de emisión dentro del sistema.

44. Las peculiaridades del régimen hacen que quizás el art. 17 RRII no sea la norma más adecuada para establecer los efectos que tienen las autorizaciones concedidas dentro del mismo¹⁷². Este precepto, en efecto, está pensado para normas de seguridad y comportamiento nacionales y no para sistemas multilaterales basados en la idea de equilibrio, como el ETS. Como ya se ha explicado, el art. 17 RRII no garantiza que las autorizaciones vayan a tenerse en cuenta fuera del país en que se han otorgado, ya que se toman en consideración como un hecho, en la medida en que sea procedente, y en el marco de la *lex causae*, que puede neutralizar sus efectos¹⁷³.

45. En estas condiciones, y con la idea de garantizar el efecto útil de la Directiva 2003/87, M. PASQUA ha propuesto resolver la cuestión considerando que la última contiene una norma de conflicto unilateral implícita, que prevalecería sobre el art. 7 RRII de acuerdo con el 27 RRII¹⁷⁴. La misma permitiría, según este autor, tanto la circulación por la UE de las autorizaciones de emisión concedidas como del efecto de exención de responsabilidad establecido en su caso en el Estado emisor de la autorización¹⁷⁵. Para este autor, en primer lugar, la regla de la Directiva de emisiones que otorga al Estado miembro la facultad de autorizar a un operador para liberar emisiones también incluye la obligación correspondiente de los demás Estados miembros de reconocer mutuamente las autorizaciones en cuestión¹⁷⁶. En segundo lugar, según el mismo autor, la aplicación de la autorización conlleva asimismo la de la regla de responsabilidad civil relacionada con la misma, ya que los efectos de la autorización podrían verse obstaculizados por la aplicación de un derecho privado diferente en relación con la exención de la responsabilidad¹⁷⁷.

La propuesta, basada en el principio de reconocimiento mutuo y en la necesidad de asegurar el efecto útil de la Directiva, va más allá del art. 17 RRII: ya no se trata de otorgar mera relevancia fáctica al permiso de emisiones en el marco de la ley aplicable, sino de que el mismo circule por toda la Unión Europea, junto con el potencial efecto de exención de responsabilidad previsto, en su caso, por la ley de origen¹⁷⁸. Según esta aproximación, no sería la *lex causae*, sino la ley del país que ha otorgado la autorización la que determina si contar con esta excluye o no las demandas de compensación o cesación. La propuesta puede servir, como indica el au-

172 *Vid.* la panorámica de los problemas que plantea el art. 17 RRII al hilo del régimen ETS en PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, p. 418-422.

173 *Supra*, numeral 36-37.

174 *Vid.* PASQUA, M., “Authorisations to Emit Greenhouse...”, *cit.*, pp. 409-429, esp. p. 426

175 *Ibid.*, pp. 423-24

176 *Ibid.*, p. 426

177 *Ibid.*, pp. 427-428.

178 *Ibid.*, pp. 427-428.

tor, para superar el círculo vicioso¹⁷⁹ de la relación entre el art. 7 y el art. 17 RRII; sin embargo, sería conveniente aclarar, entre otros aspectos, cómo encaja dentro de art. 27 RRII una norma que no incluye reglas sobre responsabilidad civil, como es la Directiva 2003/87.

46. En el asunto *Milieudefensie*, el Tribunal de Distrito de la Haya ha partido del art. 17 RRII para analizar la posible exención de responsabilidad en relación con las emisiones del demandado realizadas en el marco del régimen ETS. El Tribunal, sin incluir en su razonamiento consideraciones de ley aplicable, entiende que este sistema tiene efecto “indemnizatorio”, de forma que exime de responsabilidad al grupo en relación con las emisiones incluidas en el mismo¹⁸⁰, sin que se pueda imponer a RDS una obligación adicional de reducir emisiones para aquellas que están amparadas por el ETS. En todo caso, la Sentencia de instancia limita mucho el efecto eximente de responsabilidad del sistema. El Tribunal de Distrito de la Haya parte de la idea de que la exención solo alcanza el objetivo de reducción de emisiones previsto en el régimen ETS, que no necesariamente coincide con la obligación concreta de disminución de emisiones de Shell: en la medida en que se pueda imponer al grupo un objetivo de reducción superior al del régimen ETS, la corporación tendrá que cumplir con este¹⁸¹. Además, el efecto indemnizatorio obviamente solo cubre las emisiones amparadas por el ETS, y son muchas las que Shell realiza fuera del mismo¹⁸².

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Derecho material uniforme *versus* normas de conflicto

47. Las páginas anteriores dejan claro que la litigación climática de derecho privado se enfrenta a múltiples problemas de carácter jurídico. Estos, sin embargo, están más relacionados con el derecho sustantivo que con las normas de conflicto. Probablemente el derecho de daños no es la herramienta más adecuada para responder de forma significativa al cambio climático¹⁸³. En el momento presente, las acciones climáticas se enfrentan con grandes dificultades de

179 *Ibid.*, pp. 423

180 *Vid.* Sent. del Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.4.44: “Given the emissions target of the ETS system, RDS can rest assured that the interests to be taken into account, which are also at issue in these proceedings, were fully and correctly weighed by the issuing body/bodies when the emissions allowance were issued. It concerns the reduction target strived for with the ETS system. To that extent, the ETS system has an indemnifying effect”

181 Sent. del Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 4.4.4.6 y 4.4.47.

182 El ETS cubre las emisiones realizadas por el grupo Shell en la Unión Europea, principalmente las de alcance 1. Sin embargo, no ampara un gran número de emisiones llevadas a cabo por Shell, principalmente de alcance 3, que tienen un impacto peligroso sobre el cambio climático en Países Bajos y la zona de Wadden (Sent. del Tribunal de Distrito de la Haya, *Milieudefensie*, apartados 4.4.45 y 4.4.46). La Sent. de apelación considera que la puesta en marcha del sistema ETS-2 a través de la Directiva (UE) 2023/959 tendrá como consecuencia que más adelante una parte significativa de las emisiones europeas de alcance 3 de Shell queden incluidas dentro del sistema (Sent. Tribunal de Apelación de la Haya, *Milieudefensie*, apartado 7.38)

183 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 604; STADLER, A., “Can Civil Courts save the Climate? Strategic Climate-change Litigation before civil Courts”, *Juridica International*, vol. 32, 2023, pp. 3-12, <https://doi.org/10.12697/JI.2023.32.01>, p. 12 y 5, mencionando las opiniones al respecto de la doctrina alemana.

carácter material que se refieren, entre otros aspectos, al establecimiento de la causalidad, la atribución de los daños a un concreto emisor, o a la dificultad de responsabilizar a empresas que llevan a cabo actividades económicas que el sistema asume como necesarias y legales¹⁸⁴.

De hecho, el objetivo de las distintas acciones emprendidas está más vinculado al debate público sobre el calentamiento del planeta que a su capacidad real para atenuar este o para reparar los daños que causa¹⁸⁵: detrás de las demandas interpuestas por particulares se encuentran ONGs o activistas que se sirven de internet y de los medios de comunicación para transmitir información sobre las reclamaciones y para concienciar al público sobre la gravedad de la situación¹⁸⁶. En este sentido, este tipo de demandas se incluyen dentro de la llamada “litigación estratégica”¹⁸⁷ y son una forma legítima de atraer la atención sobre los problemas planteados. Aunque quizás los tribunales civiles no puedan salvar el clima, la litigación de derecho privado (igual que la de derecho público) puede alimentar el debate de una forma positiva¹⁸⁸. En la medida en que las distintas acciones consiguen generar conciencia social sobre el cambio climático y ejercer presión sobre los responsables políticos y los actores del mercado, incluso si son desestimadas, se pueden considerar un éxito¹⁸⁹.

48. El art. 7 RRII en principio, es una opción razonable en las acciones de responsabilidad por cambio climático, sin perjuicio de que el precepto, al aplicarse a estas, muestre ciertas “debilidades” que provienen justamente de los problemas de derecho material. Por un lado, la dificultad de establecer el nexo causal incide sobre la (menor) conveniencia de la conexión por la ley del daño¹⁹⁰: la cuestión de si es necesario limitar de alguna manera el alcance de dicha ley está sin duda emparentada con la desvinculación que se produce entre la conducta del emisor y unos daños que se pueden producir en cualquier lugar del mundo. Por otro lado, el problema de si se puede imputar responsabilidad a las empresas que desempeñan una actividad económica dentro de los parámetros del sistema es un punto de gran relevancia en la polémica en torno al valor que debe concederse a los permisos en el marco de la ley aplicable.

En cualquier caso, ni siquiera si se resolvieran adecuadamente los problemas señalados en el marco del art. 7 RRII, este permitiría obviar las dificultades de la litigación climática en el pla-

184 Concretamente la causalidad se considera la cuestión más compleja dentro de la litigación climática: *ibid.*, p. 10. Es el motivo por el que se han desestimado la mayor parte de los casos en que se reclamaba una compensación de daños y perjuicios. *Vid.* algunos ejemplos en GIANSETTO, F., “Le droit international privé à l’épreuve...”, *cit.*, pp. 510-511

185 *Vid.* LEHMANN, M. y EICHEL, F., “Globaler Klimawandel...”, *cit.*, p. 82, ÁLVAREZ-ARMAS, E., “Le contentieux international privé...”, *cit.*, p. 109, STADLER, A., “Can Civil Courts save...”, *cit.*, p. 5, THÖNE, M., “Globaler Klimaschutz...”, *cit.*, p. 39-40.

186 Por ejemplo, a través de las web específicamente creadas para informar sobre el caso: *Vid.* <https://rwe.climatecase.org/> sobre el asunto *Lliuya*, <https://www.thefarmercase.be/en/> para el caso del granjero *Hugues Falys*, o <https://callforclimatejustice.org/en> para *Asmania c. Holcim*.

187 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 577-78.

188 *Vid.* STADLER, A., “Can Civil Courts save...”, *cit.*, p. 12.

189 *Vid.* WELLER, M.P. y TRAN, M.L., “Klimawandelklagen im Rechtsvergleich...”, *cit.*, p. 578

190 En este sentido, F. GIANSETTO, F., “Le droit international privé à l’épreuve...”, *cit.*, p. 515 apunta que la problemática de la causalidad incide sobre las soluciones de derecho internacional privado

no del derecho nacional¹⁹¹: sea cual sea la ley aplicable, lo más probable es que una demanda por daños climáticos contra una empresa no prospere, como ha demostrado la práctica judicial hasta el momento actual. En estas condiciones, consideramos que la mejor manera de resolver las cuestiones de ley aplicable que plantean las acciones climáticas de derecho privado sería el establecimiento de normas materiales uniformes que solucionen los problemas sustantivos mencionados¹⁹². El empleo de este tipo de normas no es nuevo en el sector del derecho internacional privado medioambiental. Baste con pensar en los ya clásicos Convenios sectoriales sobre contaminación en el ámbito marítimo por hidrocarburos y sobre responsabilidad civil por daños nucleares o en el más general Convenio del Consejo de Europa de Lugano de 21 de junio de 1993¹⁹³ que nunca llegó a entrar en vigor. Parece altamente improbable, sin embargo, que se vaya a seguir esta solución a corto o medio plazo. Al fin y al cabo, la catástrofe climática no es consecuencia de un accidente, sino del funcionamiento normal del sistema¹⁹⁴ y un régimen de responsabilidad subvierte por completo este.

2. Un breve apunte sobre el papel de la Directiva sobre diligencia debida

49. Quizás la recién aprobada Directiva sobre diligencia debida¹⁹⁵ acabe alcanzando un papel importante en la solución de algunos de los problemas existentes. Esta norma se articula en torno al concepto de debida diligencia, muy adecuado en el ámbito que se estudia¹⁹⁶. La misma impone obligaciones y responsabilidades a las empresas en relación con la prevención, mitigación y corrección de los efectos adversos de su actividad sobre el medio ambiente y los derechos humanos, tanto si resultan de sus operaciones, como de las de sus filiales o las de su cadena de valor. En el ámbito climático en particular, la Directiva dispone que las empresas deben evaluar los impactos climáticos de sus actividades y adoptar un plan de transición para

191 Por mucho que el art. 7 RRII sea consistente con el objetivo de protección del medio ambiente y una opción razonable en las acciones de responsabilidad por el cambio climático, no es capaz de obviar las dificultades de la litigación climática en el plano del derecho nacional. *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, L., “El caso Huaraz:...”, *cit.*, p. 8

192 Y otros igualmente importantes, como la necesidad de garantizar que, bajo ciertos presupuestos, la matriz sea responsable de los daños que cause la actividad de la filial. *Vid.* IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La litigación climática en contra de...”, *cit.*, p. 26, GARCÍA ÁLVAREZ, L., “El caso Huaraz:...”, *cit.*, p. 8

193 *Vid.* un análisis de derecho internacional privado de estas normas en CRESPO HERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 220-222 (daños nucleares), pp. 240-243 (contaminación del mar por hidrocarburos) y 285-288 (Convenio del Consejo de Europa). Puede encontrarse el texto y el estado de firmas del último Convenio en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=150>.

194 Motivo por el cual no se han establecido normas nacionales o internacionales para estos daños, como apunta E.M. KIENINGER, “Klimaklagen im internationalen...”, *cit.*, p. 355.

195 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, *DOUE* núm. 1760, de 5 de julio de 2024.

196 La vía de la debida diligencia, al igual que la adopción de instrumentos de *soft law*, parece más fácil de poner en marcha y más razonable que la imposición a las empresas de una responsabilidad estricta o que obligarlas al pago de su parte de responsabilidad en el calentamiento global. *Vid.* NISHITANI, Y., “Localisation of Damage in Private International Law...”, *cit.*, p. 718-719

la mitigación del cambio climático compatible con la limitación del calentamiento global a 1,5.º C y que incluya un objetivo de reducción de emisiones (art. 22). La norma tiene implicaciones extraterritoriales, y para seguir comerciando con Europa, las empresas extranjeras tendrán que adaptarse a los nuevos estándares medioambientales y de derechos humanos¹⁹⁷.

El art. 29 de la Directiva contempla un régimen de responsabilidad, de carácter indemnizatorio, que obliga a las empresas a responder de los daños que sufran las personas físicas y jurídicas como consecuencia del incumplimiento de los deberes impuestos¹⁹⁸. Este puede ayudar a resolver algunos de los problemas de derecho material que acompañan a las acciones climáticas, pues la vinculación de la responsabilidad con el incumplimiento de las obligaciones de la Directiva simplifica la imputación de los daños al responsable y el establecimiento del nexo causal.

50. El nuevo marco establecido, si llega a transponerse a las legislaciones nacionales, debería previsiblemente conducir al aumento de los litigios climáticos¹⁹⁹. Sin embargo, es probable que la Directiva acabe resultando menos eficiente de lo inicialmente previsto, como consecuencia del llamado paquete “Ómnibus” de la Comisión de 26 de febrero de 2025. Este incluye propuestas de modificación legislativas para simplificar las obligaciones contenidas en las principales normas de sostenibilidad europeas, incluida la Directiva sobre diligencia debida²⁰⁰, que pueden menoscabar la eficacia de esta. Para empezar, tras Ómnibus, se ha ampliado el plazo de

197 Vid. BUENO, N., BERNAZ, N., HOLLY, G. y MARTIN ORTEGA, O., “The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The final political compromise”, *Business and Human Rights Journal*, 2024, Vol. 9, núm. 2, pp. 294-300, <https://doi.org/10.1017/bhj.2024.10>, p. 298. Las implicaciones extraterritoriales de la Directiva están causando preocupación en otros ordenamientos. En particular, en Estados Unidos se está trabajando en un proyecto legislativo para contrarrestar el impacto de la Directiva europea sobre las entidades estadounidenses. Este contempla la prohibición del cumplimiento de las regulaciones extranjeras sobre diligencia debida que imponen obligaciones de sostenibilidad y derechos humanos y señala que ninguna sentencia extranjera relacionada con una regulación extranjera de diligencia debida en materia de sostenibilidad y dictada contra una entidad vital para los intereses de Estados Unidos será reconocida en dicho país. Vid. con más detalle, PASQUA, M., “Protect USA Act of 2025 vs Corporate Sustainability Due Diligence Directive”, publicado el 14 de mayo de 2025 en *The EAPIL blog*, disponible online en https://eapil.org/2025/05/14/protect-usa-act-of-2025-vs-corporate-sustainability-due-diligence-directive/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_source_platform=mailpoet&utm_campaign=new-content-on-the-eapil-blog_2

198 Según el art. 29.1: “Los Estados velarán por que una empresa pueda ser considerada responsable de los daños causados a una persona física o jurídica, siempre que: a) la empresa haya incumplido, de forma deliberada o por negligencia, las obligaciones establecidas en los artículos 10 y 11, cuando el derecho, la prohibición o la obligación enumerados en el anexo de la presente Directiva tengan por objeto proteger a la persona física o jurídica, y b) como consecuencia del incumplimiento a que se refiere la letra a), se haya causado un daño a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por el Derecho nacional”.

199 Como indica L. SALES PALLARÉS, el nuevo marco establecido por la Directiva inevitablemente conducirá a un aumento de los litigios climáticos una vez que entre en vigor, ya que eleva los estándares en cuanto a obligaciones y responsabilidades. Vid. “What we talk when we talk about... Corporate Sustainability Due Diligence (CSDD) and Climate Change Litigation”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 28, 2024, pp. 375-384, p. 376.

200 Vid. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements*, Bruselas, 26.02.2025, COM (2025) 81 final.

transposición de la Directiva y se ha aplazado el de aplicación de los requisitos de diligencia para las empresas más grandes²⁰¹. En el mismo paquete también se contemplan otras propuestas de reforma de la Directiva que por el momento no se han trasladado a la legislación: entre ellas, se baraja la modificación de algunos requisitos del proceso de diligencia debida en materia de sostenibilidad, se centra con carácter general el análisis de los efectos adversos en los socios comerciales directos y no en toda la cadena de valor, y se reduce la frecuencia de las evaluaciones periódicas. Pero, sobre todo, en relación con el tema que nos ocupa, el paquete Ómnibus aboga por una modificación sustancial de la normativa de responsabilidad civil y propone la supresión del régimen unificado de condiciones de responsabilidad que impone el actual art. 29 de la Directiva. A cambio, remite la regulación de la responsabilidad al derecho nacional, estableciendo que si, de acuerdo con este, la empresa es considerada responsable del incumplimiento de las obligaciones de la Directiva, los Estados miembros deben garantizar la completa compensación de los afectados.

51. Hay que llamar la atención acerca de que ni el texto vigente ni, aún menos, la propuesta de modificación de febrero de 2025, prestan una atención adecuada al elemento de internacionalidad que puede acompañar las demandas de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. En las primeras etapas de elaboración de la Directiva se había barajado la inclusión de un nuevo art. 6 a) en el Reglamento de Roma II para establecer la ley aplicable a las reclamaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas²⁰², pero la propuesta finalmente no prosperó. En el texto actualmente vigente, la única toma en consideración del posible elemento internacional de las acciones de responsabilidad previstas se encuentra en el art. 29.7, precepto que la propuesta Ómnibus suprime. Según el mismo, “los Estados miembros velarán por que las disposiciones de Derecho nacional que transpongan el presente artículo sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las pretensiones correspondientes no sea el Derecho nacional de un Estado miembro”. Esta norma pretende asegurar que las empresas responderán por el incumplimiento,

201 Directiva (UE) 2025/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de abril de 2025 por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad y de diligencia debida por parte de las empresas, *DOUE* L 794, de 16 de abril de 2025. De acuerdo con esta, los Estados miembros tienen hasta el 26 de julio de 2027 para transponer la directiva, y el grupo de las empresas más grandes solo tendrá que aplicar las normas a partir de 2028. Para las empresas que están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre la Delegación de Discapacidad y la Discapacidad, las normas se aplicarán desde 2029. *Vid.* PASQUA, M., “European Parliament First Reading on the Proposal Amending Corporate Sustainability Due Diligence Directive”, publicado el 10 de abril de 2025 en *The EAPIL Blog*, disponible online en <https://eapil.org/2025/04/10/european-parliament-first-reading-on-the-proposal-amending-corporate-sustainability-due-diligence-directive/>

202 En este se otorgaba a la víctima la opción de elegir entre la ley del daño, la del evento generador, o la ley del domicilio de la empresa matriz o del país en que la misma opera, si no tiene domicilio en un Estado miembro. Ver las Recomendaciones para la elaboración de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), que formaban parte del *Report del Committee on Legal Affairs with recommendation to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, de 11 de febrero de 2021 (2020/2129 (INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_EN.html.

incluso si los daños se han producido en un tercer país cuya ley es aplicable al caso y que no prevé la obligación de instaurar mecanismos de diligencia debida²⁰³. La eficacia de esta regla, caso de que finalmente no sea eliminada como propone el paquete “Ómnibus”, dependerá de cómo se implemente la Directiva en cada Estado miembro²⁰⁴.

Habrá que esperar, por tanto, para ver si no se suprimen las condiciones uniformes para la responsabilidad actualmente contempladas en el art. 29 y, en su caso, para comprobar si los avances desde el punto de vista del derecho material no quedan empañados por la escasa atención prestada por el texto al derecho internacional privado.

203 *Vid.* MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 82.

204 *Ibid.*, p. 154, con indicación de las diferentes propuestas de Derecho internacional privado planteadas durante el *iter* legislativo, pp. 149-154

